

HÅKONARMÅL

2004

Bergen 2004

Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen, 2004
ISBN 82-7960-030-2

Innhald:

Tarjei Ytrehus Bjørkly: Selvstendig lovforberedelse i stortingskomiteene.....	5
Bjørnar Borvik: Grunnlova § 100 og vernet mot rasistiske ytringar.....	9
Knut Høivik: Foretaksstraff mot politiske partier	23
Kåre Lilleholt: Endringspålegg, medverknadssvikt og andre forhold på byggherrens side	33
Tore Lunde: Idrettsreglement og konkurranserett	41
Amund Bjøranger Tørum: Produktansvar i kjøpsrettslige klær	47
Edvard Vogt: Den dogmatiske og den kliniske rettsvitenskap	63

Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen har vakse ut av Jussbygget på Dragefjellet, og våren 2004 flytta nokre av dei tilsette inn i leigde lokale i Håkonsgaten 3. Dette skriftet er ei julehelsing frå den nye avleggjaren av fakultetet.

Selvstendig lovforberedelse i stortingskomiteene

Av vitenskapelig assistent Tarjei Ytrehus Bjørkly

Ved tolkningen av en lovbestemmelse finnes det en rekke kilder tilgjengelig. En gruppe av disse er uttalelser om bakgrunn og begrunnelse for bestemmelsen slik de kommer frem gjennom lovens forarbeider.

Under vil det pekes på enkelte situasjoner der de hyppigst benyttede lovforarbeidene ikke er av relevans for stortingskomiteens innstilling til lovbestemmelse, eller der de ikke er eksisterende.

Lovforslag behandles i en av stortingets fagkomiteer, før denne deretter avgir innstilling til Odelstinget. I innstillingen begrunnes komitémedlemmenes – og deres partis eller fraksjons – syn på det foreliggende forslag. Deres stilling til lovforslaget blir deretter gjentatt, og gjerne behørig utbrodert, under debatten i forkant av voteringen over forslaget. I enkelte saker finner man ledetråder i sin søken etter lovgiverviljen i denne type forarbeider.¹

I *de fleste tilfeller* vil komitébehandlingen foretas på bakgrunn av en proposisjon fra ett av departementene, og i *enkelte tilfeller* baserer proposisjonen seg på en forutgående utredning foretatt på oppdrag for regjeringen. Proposisjonen utgjør regjeringens forslag til vedtak med begrunnelse for vedtaket og dets form. Disse regjeringsbaserte kilder kan bidra til å klarlegge bestemmelsens korrekte anvendelse på et gitt faktum, og de gir stortingspolitikernes funderte utgangspunkter for den videre debatt og det endelige vedtak. For de fleste jurister er dette de *sentrale* lovforarbeider. Bratholm² fremhever om viktigheten av utvalgsutredninger: ”Gjennom den meningsbrytning som skjer i lovkomitéen vil normalt sakens forskjellige sider bli grundigere belyst enn det er mulig å oppnå ved noen annen utredningsform.”

Hovedtyngden av lovtolkere vil som regel nøye seg med en titt på proposisjonen og en eventuell forutgående utredning, fremfor å lese gjennom utskriften av debatten i Stortingstidende.

Uten partisystemet som sorteringsmekanisme ville en slik gjennomlesning for øvrig kunne være av marerittaktig omfang, ettersom man måtte sortere alle innlegg ut i fra representantenes stemmegivning for å finne *flertallets* begrunnelser. Eksempler på dette finnes riktignok også under dagens partisystem i de tilfeller der partiene fristiller sine medlemmer – særlig i saker som har en særskilt verdimessig betydning for-, og forankring hos, representantene.

¹ Andre rettskulturer legger mindre vekt på parlamentsdebatten. I common law-landene har for eksempel parlamentsmedlemmenes ytringer fra talerstolen minimal rettskildemessig vekt.

² Lovforberedelsen i søkelyset LoR 1978 s. 193 (lederartikkel).

Dersom lovforslaget er fremsatt av en eller flere stortingsrepresentanter³ – et Dok. nr. 8 forslag⁴ – har komitémedlemmene som regel ingen utredning eller direkte relevant proposisjon å vise til i sine merknader eller i debatten⁵. Det hender riktignok at Dok. nr. 8 forslag fremsettes på bakgrunn av utredninger fra privatpersoner eller organisasjoner,⁶ og det kan diskuteres hvilken vekt slike arbeider skal tillegges, men i hovedsak stiller komitémedlemmene her uten utførlige bakgrunnsdokumenter. De gjenværende kilder vil da være komitémerknadene og den etterfølgende debatten, sett i sammenheng med forslagsstillers uttrykte begrunnelse for loven. Det oppstår følgelig ofte vansker for politikerne med å utforme en treffende ordlyd, samt vansker med å bedømme konsekvensene av lovforslaget, og ikke minst oppstår det vansker for dem som senere skal tolke og anvende det endelige produktet.⁷

Et lignende problem finner vi i normaltilfellene med en foreliggende odelstingsproposisjon, men hvor politikerne som representerer flertallet, velger å fravike proposisjonen ved komitébehandlingen for å begi seg ut på vidløftige lovformuleringer ad hoc. Her kan typisk nevnes tilfellene der et flertall med utspring i opposisjonen i siste øyeblikk evner å enes om å gå mot en mindretallsregjeringens forslag. De fleste utøvende jurister har nok ved flere anledninger plages med lovformuleringer som bærer preg av å være vedtatt av politikere med hastverk. Her har det visstnok skjedd at representanter med juridisk bakgrunn har forsøkt å skrive svært utfyllende komitémerknader for å lette situasjonen for lovtolkene, men slike forslag har gjennomgående blitt klubbet ned under partienes gruppemøter. (Og dette vil kanskje de fleste lovtolkere mene at er like greit.)

Begge de ovennevnte problemstillinger rammer i hovedsak opposisjonspolitikere. En politiker fra et regjeringsparti har hele departementsnettverket tilgjengelig for å få hjelp til sine endringsforslag, og endringsforslag mot egen statsråd forekommer sjeldent blant politikere som ønsker et fortsatt givende politisk liv. Deres fremste rolle er å forsvare regjeringens standpunkter.

Til hjelp har opposisjonspolitikere, som regjeringspartiene, riktignok et rådgiverkorps og stortingets overarbeidede utredningsavdeling. De kan også søke hjelp fra det aktuelle departementet, men man må i så fall bære i minnet at departementet allerede har uttrykt sine betraktninger i proposisjonen, og at det i praksis fungerer som *regjeringens* instrument. Det er i så måte et misforhold mellom regjeringens tilgang til departementsekspertise og opposisjonens tilgang på øyeblikkelig bistand med utforming av lovforslag og begrunnelser. Tidsaspektet vil naturlig nok også spille en viktig rolle i muligheten til å benytte seg av departementets ekspertise. Det har i tillegg hendt at

³ Disse må være medlemmer av odelstinget jf. Grunnloven § 76, 1. ledd.

⁴ Se nærmere om private lovforslag i B. Stordrange: *Fra premisser til kompromisser*, Oslo 1988 s. 112–118.

⁵ Det samme gjelder for øvrig også stortingsrepresentantenes grunnlag for debatten ved grunnlovsforslag der det godt kan foreligge en relevant utredning, men ikke en proposisjon. Se videre: B. Borvik LoR 2004 s. 513 og J. Andenæs: *Statsforfatningen i Norge*, 9. utg. Oslo 2004 s. 29.

⁶ Se eksempelvis Dok. nr. 8:01 (2001 – 2002). Det ble fremmet som en oppfølging av daværende jusstudent Knut Prestviks utredning for Norsk Studentunion.

⁷ Det fremmes ikke mange private lovendringsforslag i Norge sammenlignet med våre naboland, og problemet er følgelig av begrenset omfang.

opposisjonspolitikere har vegret seg mot å benytte departementet til støtte for utformingen av lovforslag på grunn av strategiske hensyn: De har ønsket å holde kortene tett til brystet.

Selv etter at komiteen har avgitt innstilling til Odelstinget, vil kompromisser med påfølgende endringer kunne finne sted. Dermed kan man ved rettsanvendelsen måtte se bort fra det som i komiteen fremstod som flertallsinnstillingen, til fordel for en symbiose av merknader fra partene bak kompromisset.

Vaghet eller tvetydighet⁸, inkonsistente bestemmelser, svakt potensiale for realisering av målsettingen med bestemmelsen og generelt slett lovteknisk arbeid kan bli resultatet av alle de ovennevnte eksempler. Den pretenderte objektive redegjørelse i utredning og proposisjon mangler, og vi står igjen med knappe, sterkt subjektivt fargede forarbeider. Den rettskildemessige vekten av disse er i beste fall usikker, og de er som hovedregel tungt tilgjengelige for allmennheten. En direkte bokstavfortolkning ved rettsanvendelsen kan her være hasardiøs og lede til et utilsiktet resultat, samtidig som man må utvise stor varsomhet med å fravike ordlyden når det ikke foreligger andre holdepunkter. Man risikerer i tillegg dårlig harmoni med øvrige bestemmelser og de økonomiske og administrative konsekvensene vil heller ikke nødvendigvis være godt utredet. Vekten av de øvrige rettskildefaktorer, som for eksempel reelle hensyn, må kunne antas styrket i slike tilfeller.

En løsning etter modell av det svenske Lagrådet⁹ vil kunne fungere som en støtte for fagkomiteen. Der kan komiteen begjære en uttalelse fra Lagrådet dersom de for eksempel vil foreslå en lovtekst som avviker kraftig fra proposisjonen. En slik løsning kan kanskje avhjelpe situasjonene der politikerne står i fare for å fatte lovvedtak de ikke er i kapable til å se de fulle konsekvensene av i det praktiske liv og ved rettsanvendelsen. Tidsaspektet vil riktignok også her sette begrensninger for muligheten til en grundig gjennomgang.

Implementeringen av Direktiv 2002/47/EF¹⁰ kan tjene som eksempel på et slikt typetilfelle. Det har i ettertid blitt bekreftet fra medlemmer i finanskomiteen at de ikke ante de reelle konsekvensene av gjennomføringen. Her til lands fosset dermed direktivet gjennom en intetanende finanskomité og ble vedtatt uten reservasjoner. I Sverige trakk Lagrådet i bremsen og forhindret en panterettslig reform som savnet grundige forarbeider.

Det foreligger også et klart behov for å styrke det juridiske støtteapparatet rundt vår lovgivende forsamling,¹¹ og denne styrkingen bør etter min mening komme nærmest mulig representantene. Mulige løsninger kan være å styrke partienes rådgiverkorps, bygge ut komitésekretærfunksjonen overfor saksordfører med et ressursapparat knyttet til den enkelte fagkomité, eller eventuelt å styrke utredningsavdelingen¹². I alle tilfeller

⁸ Se nærmere om vage og tvetydige lovtekster i E. Kolflaath, Flertydige lovtekster, LoR 2004 s. 464.

⁹ En lett tilnærmelig fremstilling av Lagrådets rolle og funksjon finnes i den svenske innføringslitteraturen; U. Bernitz m.fl.: Finna rätt, Stockholm 2002.

¹⁰ Om avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse.

¹¹ Se tilsvarende synspunkt i A. Bratholm, Lovforberedelsen i søkelyset, LoR 1978 s. 194 (lederartikkel).

¹² Løsninger for å styrke Stortingets styringsmuligheter er behandlet i Stordrange op. cit s. 156 og passim. Der riktignok rettet mot situasjonen hvor saken "har vært behandlet av spesialister i utredningsutvalg og departement."

bør det tilføres så vel juridisk som filologisk kompetanse, og gjerne i form av personer som mestrer begge vitenskaper.¹³

Mot alle de skisserte løsninger kan det anføres at de er ressurskrevende. Bratholm skrev i Lov og Rett 1978 s. 194: ”Tiden synes inne til å få lovforberedelsen grundig diskutert. Kanskje fortjener den en egen utredning. Det er mulig at en nærmere vurdering vil vise at det er nødvendig å tilføre lovutredningsvirksomheten flere ressurser. Dette vil koste, men det kan være en lønnsom utgift. Dårlig lovforberedelse har en rekke mer eller mindre skjulte utgiftsposter for dem som skal administrere loven eller bruke den. Til dette kommer den belastning dårlige lover fører til for domstolene, og for lovgiveren selv når svakheter må rettes med ny lovgivning. Sist, men ikke minst, kan dårlige lover føre til redusert tillit til regjering og storting.”

Han rettet i hovedsak skytset mot utredningsarbeidet før forslaget kommer til Stortinget, men det må kunne antas ut i fra sammenhengen at hensikten bak uttalelsen var å ramme hele lovgivningsprosessen. Hvis tiden syntes inne for å ta diskusjonene i 1978, må man nok kunne si at tiden synes inne for å handle, nå, 26 år etter.

¹³ Ved Stockholms Universitet er det allerede opprettet et eget utdanningsløp som ligger i grenselandet mellom jus og filologi. Lignende satsning savnes i Norge. Nærmere om kombinasjonen mellom juss og språk i for eksempel K. Skipenes, Bør juristane få betre opplæring i lovskriving?, LoR 1987 s. 511.

Grunnlova § 100 og vernet mot rasistiske ytringar

Av universitetsstipendiat Bjørnar Borvik*

1 PROBLEMSTILLINGA

Nyleg vedtok Stortinget å endre grunnlova (grl.) § 100 om ytringsfridom.¹ Dei prinsippa som med dette fekk konstitusjonell forankring, vil, saman med dei folkerettslege plik- tene som Norge har teke på seg, utgjere rammeverket når domstolane og andre rettsbrukarar skal balansere ytringsfridommen mot kolliderande interesser. Ei av desse interessene er vernet mot rasistiske ytringar. Regjeringa har allereie signalisert at den vil foreslå endringar i straffelova (strl.) § 135 a som skal gjere det lettare å møte rasistiske ytringar med straff,² og det er all grunn til å tru at desse endringane vil få fleirtal i Stor- tinget. Departementet tek for det første til orde for ei justering av prinsippa for tolking av påstått ulovlege ytringar. I tillegg ønskjer ein å endre skyldkravet frå forsett til grov aktløyse, og å endre innhaldet i vilkåret ”framsettes offentlig”, dette siste truleg i form av ei frikopling frå strl. § 7 nr. 2. Problemstillinga i det følgjande er særleg om juster- inga av prinsippa for tolking er foreineleg med dei skrankane som kan utleiast av den nye grunnlovsføresegna om ytringsfridom.

2 RETTSTILSTANDEN ETTER DEN GAMLE GRL. § 100

Før eg gjev meg i kast med tolkinga av den nye grunnlovsføresegna om ytringsfridom, vil eg sjå nærmare på vernet av rasistiske ytringar etter den gamle grl. § 100. Etter mitt syn vil ein slik gjennomgang kunne gje viktige bidrag til forståinga av rettstilstanden også etter den nye grunnlovsføresegna.

Det har vore ei utbreidd oppfatning at den grunnlovsføresegna som fekk avløyssing 30. september 2004, iallfall samanlikna med artikkel 10 i den europeiske menneskerettskon- vensjonen, oppstilte eit sterkt vern for rasistiske ytringar.³ Eg meiner likevel at det i praksis frå Høgsterett om forholdet mellom grl. § 100 og strl. § 135 a kan påvisast variasjonar i domstolen si balansering av dei kolliderande interessene. Dette har kanskje i særleg grad avteikna seg i prinsippa for tolking av påstått ulovlege ytringar. Desse prinsippa kan utformast på ein slik måte at ytringsfridommen får vidt spelerom, men dei kan også gjevast ei utforming som i større grad gjev konsesjonar til dei kolliderande interessene. Verken grunnlovsføresegna eller føresegner i den alminnelege lovgjevinga seier noko om desse prinsippa, og det gjev Høgsterett eit visst handlingsrom.

* Eg vil takke Arnulf Tverberg for nyttige innspel og verdifull motstand undervegs i arbeidet med denne artikkelen. Takk også til Vegard, som fekk meg til å sette punktum.

¹ Vedtak i Stortinget 30. september 2004, som vart kunngjort i statsråd 29. oktober 2004. Dei mest sent- rale forarbeida til grunnlovsføresegna er NOU 1999: 27, St.meld. nr. 26 (2003–2004) og Innst. S. nr. 270 (2003–2004).

² Desse endringsforslaga vil bli lagt fram av Kommunal- og regionaldepartementet hausten 2004 i sam- band med forslaget til lov mot etnisk diskriminering. Sjå St.meld. nr. 26 (2003–2004) s. 72–74.

³ Sjå for eksempel Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys) på s. 1624. Sjå dessutan *Eggen 2002* s. 486–512, særleg s. 512 og *Eggen, NOU 2002* s. 194.

Paragraf 135 a kom inn i straffelova i 1970,⁴ og forholdet til ytringsfridommen vart første gong vurdert av Høgsterett i Rt. 1977 s. 114 (Lektor I). Saka gjaldt ein mann som i intervju med Verdens Gang og Dagbladet i mai og juni 1975 sette fram ei rekke krenkande ytringar om jødar. Om jødeforfølginga som nazistane stod for under 2. verds-krigen uttalte han mellom anna:

”Jeg tar i og for seg avstand fra det som skjedde da. Det hendte for tidlig. Men om 50 år, i en overbefolket verden, vil saken kanskje stille seg annerledes?” Han meinte vidare at raseblanding hadde som konsekvens at seinare generasjonar vart nedbrotne, og at mellom anna jødane av den grunn måtte visast ut av landet. Han uttalte også at dei jødane som ikkje ville reise til Israel, burde isolerast i eit eige jødesamfunn. På spørsmål frå journalisten om han med dette meinte ein konsentrasjonsleir, svarte han: ”Det har jeg ikke sagt. De bør flyttes til et eget område. Et eget lokalsamfunn.”⁵

Ein samla Høgsterett la til grunn at det måtte vere den domfelte sitt syn at det i visse situasjonar kunne vere rett å utrydde jødane, og at dei som ikkje ville emigrere til Israel skulle isolerast i eit eige jødesamfunn.⁶ Domfellinga frå Hålogaland lagmannsrett vart difor oppretthalden. Domstolen uttalte seg ikkje om prinsippa for tolking i denne saka, men etter mitt syn er det klart at det tolkingsresultatet som Høgsterett la til grunn låg tett opptil ordlyden i ytringane. Når den domfelte hadde uttrykt seg så vidt eksplisitt, kom ikkje spørsmålet om tolkingsprinsippa på spissen.

Halvanna år seinare, i ein dom innteken i Rt. 1978 s. 1072 (Lesarbrev), måtte Høgsterett på nytt ta stilling til bruken av strl. § 135 a. Det var mindretalet, dommar Blom, som tydelegast uttalte seg om prinsippa for tolking:

”Skal helhetsinntrykket av brevet vurderes, kan det ikke skje på grunnlag av en filologisk eller logisk analyse av de enkelte uttrykk. Brevet er spredd gjennom dagspressen. De fleste vil lese det fort og har verken tid eller ønske om å underkaste det en kritisk analyse.”⁷

Ei av dei omstridde ytringane var ein kommentar til at statsminister Trygve Bratteli visstnok skulle ha uttalt at ”nordmenn selv hadde emigrert til Amerika for 150 år siden – og at Norge derfor burde ta imot mennesker fra andre nasjoner med samme vennlighet.”⁸ Til dette hadde den domfelte følgjande merknad:

”Dette kan vel ikke være noe *sammenligningsgrunnlag*? Amerika søkte emigranter og emigrantene ble henvist til ødemarkene hvor de bygget opp lokale samfunn. De kom ikke til Amerika som analfabeter og startet knivstikking og voldtekt!”⁹

Mindretalet såg det slik at den domfelte med denne ytringa tilla pakistanarane ein vere-måte som dei norske emigrantane til USA ikkje hadde.¹⁰ Også fleirtalet presiserte at dei omstridde ytringane måtte lesast i samanheng med resten av lesarbrevet, men det er

⁴ Ved lov 5. juni 1970 nr. 34.

⁵ Rt. 1977 s. 114 på s. 115–116.

⁶ Rt. 1977 s. 114 på s. 118.

⁷ Rt. 1978 s. 1072 på s. 1078.

⁸ Rt. 1978 s. 1072 på s. 1074.

⁹ Rt. 1978 s. 1072 på s. 1074. Kursiv i original.

¹⁰ Rt. 1978 s. 1072 på s. 1078.

likevel nærliggande å meine at dei praktiserte andre tolkingsprinsipp enn mindretalet. Fleirtalet uttalte følgjande om tolkinga av ytringa om knivstikking og valdtekt:

”Jeg finner det imidlertid uklart hvorledes dette utsagn egentlig skal oppfattes. *Direkte* kommer utsagnet som en imøtegåelse av den sammenligning mellom norske innvandrere til Amerika og fremmedarbeiderne i dagens Norge som A tar til gjennæle mot. Det er ikke klart hvem den egentlige beskyldning er rettet mot. I leserbrevets annet avsnitt har A allerede omtalt kriminalitet blant fremmedarbeidere, og der på en mer balansert måte, som noe Norge ikke har ”unngått”. Umiddelbart etter kraftsatsen i sjette avsnitt går han over til sin omtale av ekstremister av mange slag, herunder de ekstremister som kommer utenfra. Det er derfor etter min mening ikke klart om den indirekte beskyldning det her dreier seg om, er rettet mot bestemte grupper av fremmedarbeidere, og gjelder egenskaper som påstås å være karakteristiske for gruppen.”¹¹

Etter fleirtalet sitt syn kunne ein altså ikkje legge til grunn at den domfelte hadde skulda pakistanarane for å drive med knivstikking og valdtekt, og dei avsa difor frifinnande dom.

Sjølv om både fleirtalet og mindretalet i denne saka la til grunn at tolkinga måtte skje kontekstuellt, er det etter mi vurdering likevel klare forskjellar i tilnærmingsmåten. Fleirtalet gjennomførte ein strengt logisk og språkleg analyse av dei omstridde ytringane, og konkluderte med at dei, sett i lys av ytringar elles i lesarbrevet, framstod som uklare. – Det å uttrykke seg klart og konsistent er ei utfordring som alle språkbrukarar står overfor heile tida. Sjølv om nokre meistrar dette betre enn andre, er det framleis langt imellom dei fullt ut tvillause skriftstykkane. Det vil truleg alltid kunne peikast på ytringar som i seg sjølv er uklare, eller som vert uklare fordi dei står i eit motsetnadsforhold til andre delar av det aktuelle skriftstykket. Likevel utgjer ikkje dette eit avgjerande hinder for mellommenneskeleg kommunikasjon, noko som mellom anna må forklarast med at all kommunikasjon skjer innafor visse felles sosiale, kulturelle og historiske referanserammer. Som oftast forstår vi kvarandre, iallfall reint språkleg. Vi oppøver evna til å leite etter den underliggande budskapet. Mindretalet formulerte tolkingsprinsipp som speglar desse realitetane, medan fleirtalet sin tilnærmingsmåte er eit uttrykk for ideelle og urealistiske fordringar som dei fleste av oss, høgsterettsdommarar inkludert, vil ha store vanskar med å leve opp til.

Etter dommen i 1978 kom det etter mitt syn eit skifte i praksisen frå Høgsterett når det gjeld prinsippa for tolking. I Rt. 1981 s. 1305 (Løpesedlar) hadde Asker og Bærum heradsrett dømt ei kvinne til fengsel på vilkår i 120 dagar for rasistiske ytringar framsett i tre ulike løpesedlar. Fleirtalet i Høgsterett halverte straffa, medan mindretalet på ein dommar var einig i straffutmålinga frå heradsretten. Elles ser det ut til å ha vore semje blant dommarane i denne saka. Førstvoterande, som utgjorde mindretalet i Høgsterett, seier dette om prinsippa for tolking:

”[E]tter min oppfatning [kan det] ikke legges ensidig vekt på hvordan utsagnene er å forstå på grunnlag av en reflektert, logisk analyse av innholdet. Løpesedlene inneholder, som allerede fremhevet, en sterkt følelsesladet appell, og innbyr ikke sine lesere til rolig og ettertenksom analyse. Det må, slik jeg ser det, legges vesentlig vekt på det meningsinnhold de enkelte utsagn umiddelbart formidler til den ikke helt spesielt ettertenksomme leser.”¹²

¹¹ Rt. 1978 s. 1072 på s. 1075. Kursiv i original.

¹² Rt. 1981 s. 1305 på s. 1314.

På grunnlag av disse retningslinjene meinte mindretalet at ”utsagnene forbinder – om enn mer gjennom antydninger og insinuasjoner enn gjennom direkte tale – islamske innvandrere med kriminell atferd”.¹³ Fleirtalet slutta seg til mindretalet sin tilnærmingssmåte i generelle vendingar på s. 1317. Det vart vidare presisert at ”det for hvert av de åtte utsagn, vurdert isolert, ikke uten videre [er] åpenbart hva meningsinnholdet egentlig er”, men at ytringane likevel vart ramma av strl. § 135 a fordi dei måtte ”vurderes samlet og på bakgrunn av løpesedlenes innhold for øvrig”.¹⁴ Både fleirtalet og mindretalet la dessutan vekt på at ytringane vart framsett gjennom ein organisert kampanje.¹⁵ – Desse tolkingsprinsippa kan vanskeleg seiast å samsvare med den innfallsvinkelen som fleirtalet i Rt. 1978 s. 1072 (Lesarbrev) praktiserte. Etter mi vurdering er det mindretalet sine synspunkt i dommen frå 1978 som fekk gjennomslag her.

Avgjerda i Rt. 1984 s. 1359 (Pastor) kan truleg også plasserast inn i den same tolkings-tradisjonen. Sjølv om denne saka ikkje gjaldt rasistiske ytringar, men ytringar om homofile, meiner eg likevel at prinsippa for tolking som var lagt til grunn, har generell relevans. Fleirtalet viste til at sjølv om tiltalen berre var basert på to korte utsnitt frå det som vart sagt av pastoren i radioprogramma, måtte desse

”ses i sammenheng med programmet for øvrig. Avgjørende for straffbarheten er således de siterte uttalelsene slik de må forstås på bakgrunn av det som for øvrig framkom i programmet”.¹⁶

Mindretalet uttalte seg ikkje eksplisitt om prinsippa for tolking, men tok heller ikkje avstand ifrå det som fleirtalet hadde lagt til grunn. Det er difor nærliggande å meine at det var semje om tolkingsprinsippa. Usemja synest derimot å ha vore basert på ulike vurderingar av kva som skulle til for at ytringane kunne seiast å vere ”kvalifisert krenkende”. Dette spørsmålet heng sjølvstendig saman med spørsmålet om utforminga av tolkingsprinsippa, men prinsipielt sett er det likevel viktig å halde dei to frå kvarandre. Det er pastoren sine ytringar, i form av ei bøn om at Gud måtte fjerne homofile frå leiande stillingar både i det politiske liv og elles i samfunnet, fleirtalet vurderte som så krenkende at den vart ramma av forbodet i strl. § 135 a. Pastoren uttalte mellom anna følgjande i nærradiosendinga til Oslo Fullevangeliske Kirke:

”Himmelske far vi ber i Kristi navn at vi skal bryte denne djevelske makt i Norges land som homofilien representerer ... og vi ber også konkret at alle de mennesker som er involvert i dette, som selv også oppfordrer andre til å gjøre som dem og som også er i ledende stillinger at du [altså Gud] skal fjerne dem i fra deres ledende stillinger – både i det politiske liv og ellers i samfunnet vårt ...”¹⁷

Fleirtalet i Høgsterett tolka dette som ”konkrete oppfordringer om fjerning av homofile fra ledende stillinger”,¹⁸ og framheva dessutan at ytringane var ”konkret rettet mot homofile på et område hvor de kan rammes sterkt, og hvor de vil ha vanskelig for på

¹³ Rt. 1981 s. 1305 på s. 1314.

¹⁴ Rt. 1981 s. 1305 på s. 1318.

¹⁵ Rt. 1981 s. 1305 på s. 1315–1316 og s. 1318.

¹⁶ Rt. 1984 s. 1359 på s. 1362.

¹⁷ Rt. 1984 s. 1359 på s. 1359–1360.

¹⁸ Rt. 1984 s. 1359 på s. 1366.

tilfredsstillende måte å kunne avverge vesentlige skadevirkninger av slike uttalelser”.¹⁹ – Sjølv om ein legg til grunn at ”[d]et er makt i de foldede hender”,²⁰ har eg vanskeleg for å tru at Høgsterett ville ha kome fram til dette tolkingsresultatet dersom ein praktiserte dei prinsippa for tolking som fleirtalet i Høgsterett gjorde i Rt. 1978 s. 1072 (Lesarbrev). Ei oppfordring til Gud om å fjerne homofile frå leiande stillingar ville truleg verken ha oppfylt dei krav til logikk eller språkleg presisjon som vart formulert av fleirtalet i dommen frå 1978. Det kan sikkert vere ulike, og velgrunna, oppfatningar av Høgsterett si tolking av ytringane frå pastoren. Sjølv er eg ikkje overtydd om at det er rett å møte ytringar som dette med straff, og fleirtalet uttrykte også tvil om resultatet.²¹ Poenget med avgjerda i denne samanhengen er likevel Høgsterett si tilslutning til dei tolkingsprinsippa som domstolen hadde lagt til grunn i Rt. 1981 s. 1305 (Løpesedlar).

Den siste avgjerda som etter mi vurdering bygger på desse tolkingsprinsippa, er Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse). Her var det spørsmål om ytringar i eit partiprogram kunne møtast med straff etter strl. § 135 a. Partiet var mellom anna av den oppfatning at adoptivbarn som framleis ville bo i Norge, måtte steriliserast, at den framande parten i blanda parforhold måtte steriliserast dersom paret ikkje ville flytte ut av Norge, og at det skulle foretakast abort dersom kvinna likevel vart befrukta. Om tolkingsperspektivet sa fleirtalet mellom anna at ”programmet som helhet [må] trekkes inn i den utstrekning det er egnet til å belyse meningsinnholdet”,²² noko mindretalet også slutta seg til.²³ Den kontekstuelle innfallsvinkelen kom dessutan tydeleg til uttrykk når fleirtalet deretter gjekk over til sjølve tolkinga:

”Etter sin ordlyd rammer partiprogrammet alle som ikke er av ”etnisk norsk opprinnelse”. Tilsynelatende tar en altså sikte på å ramme en stor og meget uensartet gruppe av befolkningen. Leser man imidlertid programmet i sammenheng, fremgår det klart at realiteten – slik den vil fremstå for en vanlig leser eller tilhører – er en annen. Både dette at adoptivbarn – som for størstedelen kommer fra andre verdensdeler – særskilt trekkes frem, og en rekke utsagn i programmet for øvrig, viser at det er den mørkhudete del av befolkningen en tar sikte på når det gjelder de ekstreme virkemidler som foreslås.”²⁴

Fleirtalet si tolking av ytringane i partiprogrammet hausta kritikk fordi domstolen la til grunn eit tolkingsresultat som var avvikande i forhold til det som eksplisitt kom fram i partiprogrammet.²⁵ – Etter mitt syn er det ikkje grunnlag for denne kritikken, iallfall ikkje dersom føremålet med analysen av ytringane er å kome fram til det tolkingsresultatet som i størst grad samsvarar med det inntrykket desse etterlet seg hos folk flest.²⁶ For meg er det dessutan viktig å få fram at tolkingsresultatet i denne saka var basert på dei retningslinjene som Høgsterett hadde utforma i Rt. 1981 s. 1305 (Løpesedlar) og Rt. 1984 s. 1359 (Pastor). Det var altså semje blant dommarane om at

¹⁹ Rt. 1984 s. 1359 på s. 1365.

²⁰ Salmetekst av forfattern Trygve Alvgeir Bjerkheim (1904–2001).

²¹ Rt. 1984 s. 1359 på s. 1366.

²² Rt. 1997 s. 1821 på s. 1826.

²³ Rt. 1997 s. 1821 på s. 1834.

²⁴ Rt. 1997 s. 1821 på s. 1827.

²⁵ Sjø Eggen 2002 s. 505–506 og kronikken ”Rasediskriminering og ytringsfrihet” av Johs. Andenæs i Aftenposten 19. desember 1997.

²⁶ Sjø nærmare om dette i Borvik, *LoR* 2004-I s. 84–85.

ytringane vart ramma av strl. § 135 a. Usemja knytta seg til om dette straffebodet likevel måtte settast til sides av omsyn til grl. § 100. Fleirtalet meinte nei, og avviste anken. Med denne avgjerda vart domfellinga i Oslo byrett ståande.

Med dommen i Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys) skjedde eit nytt skifte i praksis frå Høgsterett, sjølv om premissane i fleirtalsvotumet nok kan vere eigna til å gje eit anna inntrykk. Førstvoterande tok utgangspunkt i dei tolkingsprinsippa som Høgsterett formulerte i Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse), og ho la til grunn at "[u]tgangspunktet må således være hvordan den alminnelige leser eller tilhører vil oppfatte utsagnet".²⁷ Sidan det i denne saka var ytringar i ein munnleg appell som skulle tolkast, "må [det] bli tilhørernes umiddelbare forståelse av det som blir sagt", som gjennom tolkingsprosessen måtte avklarast, og altså ikkje den forståinga som bygde på "en viss tankemessig bearbeidelse hos leseren", som tilfellet visstnok var i Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse).²⁸ "Ordlyden blir da sentral", sa førstvoterande, og etter mitt syn gjekk ho endå eit steg vidare når ho la til grunn at "man bare kan straffes for det man har uttalt".²⁹ Fleirtalet presiserte vidare at

"den ytre rammen omkring demonstrasjonen, med ensartet mørk påkledning, at flere deltakere var maskert, at det ble ropt "Sieg Heil" osv., ikke kan ha særlig vekt ved tolkingen av As uttalelser".³⁰

At ikkje ramma rundt demonstrasjonen og appellen skulle verke inn på tilhøyrarane si forståing av ytringane, har eg vanskeleg for å forstå. Det er tvert imot nærliggande å rekne med at deltakarane også ville formidle ein bodskap ved bruken av einsarta påkledning, maskering og framføring av nazihelsing. Kvifor skulle dei elles ta seg bryet med dette?

Når førstvoterande deretter gjekk over på sjølvne tolkinga av ytringane, er det heller ikkje mykje som tyder på at føremålet med tolkinga var å avdekke tilhøyrarane si umiddelbare forståing av ytringane. Ytringa om jødane kan tene som eksempel. Leiaren av Boot Boys uttalte følgjande:

"Vi er samlet her i dag for å hedre vår store helt, Rudolf Hess for hans modige forsøk på å redde Tyskland og Europa fra Bolsjevismen og Jødedommen under andre verdenskrig." Vidare uttalte han: "Vår kjære fører, Adolf Hitler og Rudolf Hess satt i fengsel for det de trodde på, vi skal ikke vike fra deres prinsipper og heltemodige innsats, tvert imot skal vi følge deres fotspor og kjempe for det vi tror på, nemlig et Norge bygget på Nasjonalsocialismen!!"³¹

Etter lagmansretten si vurdering innebar dette iallfall ei godkjenning av dei grove integritetskrenkingane som jødane vart utsette for. Fleirtalet i Høgsterett var av ei anna oppfatning. Om den første ytringa uttalte førstvoterande:

"Utsagnet om Hess' modige forsøk på å bekjempe bolsjevismen og jødedommen kan etter min mening ikke forstås som mer enn en generell tilslutning til nazismens tankeverden. Det

²⁷ Rt. 2002 s. 1618 på s. 1626.

²⁸ Rt. 2002 s. 1618 på s. 1627.

²⁹ Rt. 2002 s. 1618 på s. 1627.

³⁰ Rt. 2002 s. 1618 på s. 1629.

³¹ Rt. 2002 s. 1618 på s. 1626.

er heller ikke forhold som i særlig grad knytter nettopp Hess' navn til utryddelsen av jødene. For ordens skyld nevner jeg at Hess satt fengslet i Storbritannia fra mai 1941 til krigens slutt. Det er dessuten vel kjent at dagens nazister i stor grad benekter at masseutryddelsen av jødene fant sted eller at Hitler kjente til den." Og om den andre ytringa vart følgjande påpeikt: "Uttalelsen må etter mitt syn ses i sammenheng med det appellen innledet med, og som gjaldt angrepet på motdemonstrasjonen i Oslo fra "kommunister og jødeelskere ... mot ytringsfriheten og den hvite rasen". Hyllesten av Hitler og Hess må derfor i noen grad ses i lys av referansene til fengslingen av de to "for det de trodde på", og som fant sted på nittentyvetallet. Ut over dette dreier det seg også her om en rent ideologisk tilslutning til nazismen."³²

Førstvoterande tolka ytringane i lys av historiske fakta, og analysen hadde ei strengt logisk tilnærming. Det er vanskeleg å finne spor av dei tolkingsprinsippa som ho formulerte innleiingsvis, der det sentrale var å avdekke "tilhørernes umiddelbare forståelse" av det som vart framført.³³ Eg trur ikkje at førstvoterande si vurdering av dei omstridde ytringane speglar dei refleksjonane som tilhøyrarane på torget i Askim gjorde seg denne laurdagen i midten av august 2002. Mindretalet formulerte andre retningslinjer for tolkinga:

"Jeg har allerede nevnt at man ved tolkningen av domfeltes utsagn må søke å komme frem til hvorledes dette måtte oppfattes av de som var tilstede. Det avgjørende ... må således være de forestillinger tilhørerne fikk ved det samlede inntrykk som domfelte og hans meningsfeller skapte gjennom det som ble sagt og ved den måte de opptrådte på. Det kan nok være at man ved en reflektert gjennomlesning i ettertid kan finne en slags sammenheng mellom den avsluttende forherligelsen av Hitlers og Hess' "prinsipper og heltemodig innsats" og det innledende angrep på motdemonstrasjonene i Oslo fra "kommunister og jødeelskere"."³⁴

På dette grunnlaget kom dei fram til at ytringane retta mot jødane måtte oppfattast som ei godkjenning og tilslutning til dei overgrepa denne folkegruppa vart utsett for under andre verdskrigen.³⁵ – Innfallsvinkelen til mindretalet ligg etter mi vurdering tett opp til dei retningslinjene for tolking som vart formulert av førstvoterande i Rt. 1981 s. 1305 (Løpesedlar), retningslinjer som var gjeldande til og med avgjerda i Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse). Fleirtalet sin tilnærmingsmåte har derimot klare parallellar til dei tolkingsprinsippa som vart lagt til grunn av fleirtalet i Rt. 1978 s. 1072 (Lesarbrev). Etter mi vurdering er det uheldig at domstolane som hovudregel berre kan legge til grunn det som eksplisitt er sagt eller skrive.³⁶ Kyrre Eggen har derimot teke til orde for at legalitetsprinsippet må leggst til grunn som prinsipp for tolkinga av ytringar,³⁷ og fleirtalsvotumet i Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys) må tolkast som ei tilslutning til dette synet.

Gjennomgangen av rettspraksis frå Høgsterett om forholdet mellom den gamle grl. § 100 og strl. § 135 a viser at det var rom for ulike tilnærmingsmåtar til tolkinga av påstått ulovlege ytringar: Den eine tilnærmingsmåten, som kort og kanskje noko upresist

³² Rt. 2002 s. 1618 på s. 1628.

³³ Rt. 2002 s. 1618 på s. 1627.

³⁴ Rt. 2002 s. 1618 på s. 1632–1633.

³⁵ Rt. 2002 s. 1618 på s. 1633.

³⁶ Eg har utdjupe denne skepsisen i *Borvik, LoR 2004-I* s. 84–85 og s. 90–93.

³⁷ Sjå for eksempel *Eggen 2002* s. 404–405.

kan seiast å vere tekstuell, vart seinast lagt til grunn av fleirtalet i Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys). Den andre tilnærmingsmåten, som tilsvarande upresist kan omtalast som kontekstuell, vart seinast lagt til grunn av Høgsterett i Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse). Også mindretallet i Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys) forfekta desse tolkingsprinsippa, men fekk altså ikkje gjennomslag. Eg går utifrå at begge tilnærmingsmåtane ligg innafor dei skrankane som den gamle grl. § 100 stilte opp, likevel slik at den tekstuelle gjev atskilleg større spelerom for ytringsfridommen enn tilfellet er for den kontekstuelle. I dette ligg det også eit anna poeng som er viktig for meg å få fram, nemleg at grunnlovsvernet kjem til uttrykk på fleira måtar: Ei side ved grunnlovsvernet vil nettopp vere desse meir spesifikke avvegingsmarkørane som Høgsterett utpenslar gjennom praksis (for eksempel prinsippa for tolking og kravet om at ytringane må vere "kvalifisert krenkende" for å kunne møtast med straff). Slike markørar kan seiast å vere fikseringar av ei bestemt oppfatning av korleis dei kolliderande interessene skal avvegast i forhold til kvarandre. Den andre sida ved grunnlovsvernet, som kanskje ikkje er like enkel å få auge på, er det intervallet som desse avvegingsmarkørane må utformast innafor. Eg trur nemleg det må vere treffande å sjå det slik at grl. § 100 oppstiller nokre konstitusjonelle "slingrekantar", ein slags glideskala, og at Høgsterett innafor dette intervallet står nokså fritt. Tilsvarande må gjelde for lovgjevaren si utforming av alminneleg lovgjeving på området. Stortinget vil også kunne ha avgjerande innverknad på korleis sjølve intervallet skal avgrensast, men då oppstiller grl. § 112 visse prosessuelle rammer.

Spørsmålet etter dette blir om den nye grl. § 100 endra på denne rettstilstanden, eller om rommet for ein viss variasjon i avveginga mellom dei kolliderande interessene vart vidareført.

3 VERNET AV RASISTISKE YTRINGAR ETTER DEN NYE GRL. § 100

3.1 Utgangspunktet: grunnlovsteksten

Den nye grl. § 100 tredje ledd er formulert på denne måten:

"Frimodige Ytringer om Statsstyrelsen og hvilkensomhelst anden Gjenstand ere Enhver tilladte. Det kan kun sættes slige klarlig definerede Grændser for denne Ret, hvor særlig tungtveiende Hensyn gjøre det forsvarligt holdt op imod Ytringsfrihedens Begrundelser."

Ordlyden i seg sjølv seier ikkje så mykje, utover at den slår fast ei avvegingsnorm. Vi har å gjere med ein rettsleg standard, som gjev rom for nokså frie interesseavvegingar innafor visse rammer. Visse retningslinjer kan likevel lesast ut av grunnlovsteksten direkte, for eksempel at dei omsyna som kan forsvare inngrep i ytringsfridommen må vere "særlig tungtveiende".

Lovgjevaren bør etter mitt syn primært gje uttrykk for sitt syn på innhaldet i grunnlovsvernet gjennom den alminnelege lovgjevinga, og ikkje i form av detaljerte direktiv i forarbeida til grunnlovsføresegna.³⁸ Det er likevel naturleg at Høgsterett, særleg i den første tida etter vedtaket, også lyttar til det som måtte kome fram forarbeida.³⁹

³⁸ Sjå nærmare om dette i *Borvik, LoR 2004-II* s. 513–514.

³⁹ Eit tydeleg eksempel på at Høgsterett legg vekt på forarbeida til den nye grunnlovsføresegna er dommen av 12. november 2004 (TV Vest AS) om politisk reklame. Sjå særleg avsnitt 44–48. Sjølv om dommen vart avsagt på grunnlag av den gamle grl. § 100, går Høgsterett grundig inn i forarbeida til den nye grunnlovsføresegna med sikte på å avklare om lovgjevar har eit markert endra syn på innhaldet i det konstitusjonelle vernet av ytringsfridommen.

Vekta av slike utsegner vil likevel variere, mellom anna etter kor klare og eintydige dei er.

3.2 Føringane i forarbeida

Utgreiinga frå Ytringsfridomskommisjonen er eit naturleg utgangspunktet for framstillinga her, men er etter mi vurdering i liten grad eigna til å kaste lys over tolkinga av den nye grunnlovsføresegna.⁴⁰ Den uklare tilrådinga kan truleg best forklarast i lys av Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse), der mindretalet, som altså meinte at partileiaren måtte frifinnast, framheva at situasjonen kunne ha stilt seg annleis dersom partiet hadde oppfordra til ulovlege handlingar.⁴¹ Også Ytringsfridomskommisjonen peika på sontringa mellom ei ytring som krenkande handling i seg sjølv og ei ytring som direkte oppfordrar til ulovlege handlingar.⁴² Etter mitt syn må det kunne hevdast at dersom det berre var dei ytringane som oppfordra til ulovlege handlingar, som skulle seiast å vere kvalifisert krenkande, så ville denne endringa vere så vidt markert at den vanskeleg kunne gjennomførast innafor det intervallet som den gamle grl. § 100 stilte opp.⁴³ Sidan kommisjonen ikkje greidde å etablere semje om ei slik endring av grunnlovsskrankane,⁴⁴ står ein att med dei meir overordna merknadane om verdien av at rasistiske ytringar vert møtt med verbal konfrontasjon i det offentlege rommet, og ikkje med straff.⁴⁵ Det er likevel usikkert i kva grad desse merknadane kan takast til inntekt for ei endring av grunnlovsføresegna i retning sterkare vern av rasistiske ytringar. – Kommisjonen meinte vidare at strl. § 135 a måtte endrast, men med unntak av dei eksplisitte forslaga til endring av føresegna,⁴⁶ endringar som etter mitt syn i realiteten ikkje ville ha særleg innverknad på avveginga mellom dei kolliderande interessene,⁴⁷ er det uklart kva som eigentleg låg i forslaget frå kommisjonen. Det avgjerande poenget for meg er likevel at utsegnene frå Ytringsfridomskommisjonen i beste fall kan tolkast som eit ønskje om å styrke vernet av rasistiske ytringar på formell lovs nivå,⁴⁸ medan dei ikkje maktar å seie noko særleg om det konstitusjonelle vernet av slike ytringar etter den nye grl. § 100.

Departementet la til grunn at forslaget frå Ytringsfridomskommisjonen gjev rom for å skjerpe vernet mot rasistiske ytringar,⁴⁹ og departementet sine forslag til endringar av strl. § 135 a må oppfattast som tiltak for å gjennomføre dette. – Eg trur likevel ikkje at

⁴⁰ NOU 1999: 27.

⁴¹ Rt. 1997 s. 1821 på s. 1836.

⁴² Sjå NOU 1999: 27 s. 153 første spalte.

⁴³ Sjå Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys) der førstvoterande på s. 1624 legg til grunn at det ikkje berre er ytringar som oppfordrar til handling som er kvalifisert krenkande.

⁴⁴ Sjå NOU 1999: 27 s. 153 første spalte.

⁴⁵ Sjå NOU 1999: 27, for eksempel på s. 151 andre spalte og s. 152 første spalte.

⁴⁶ NOU 1999: 27 s. 154 og s. 251.

⁴⁷ Slik også *Eggen 2002* s. 511 og *Eggen, NOU 2002* s. 205 andre spalte. Straffelovkommisjonen ser ut til å vere av same oppfatning. Kommisjonen følgjer ikkje opp nokon av forslaga frå Ytringsfridomskommisjonen om endring av strl. § 135 a, og grunngevinga for dette er at ingen av dei foreslåtte endringane vil innebære realitetsskilnader samanlikna med rettstilstanden no. Sjå nærmare om dette i NOU 2002: 4 s. 299.

⁴⁸ Det er truleg dette departementet siktar til når dei i St.meld. nr. 26 (2003–2004) på s. 65 andre spalte uttalar at "[f]orslagene går i retning av å utvide ytringsfriheten på dette området".

⁴⁹ Sjå St.meld. nr. 26 (2003–2004) s. 72 første spalte og s. 73 første spalte.

forslaget om å justere tolkingsprinsippa kan takast til inntekt for at den nye grunnlovsføreseigna er endra. Som gjennomgangen i avsnitt 2 ovanfor viser, var det også etter den gamle grl. § 100 rom for visse variasjonar, og det er ikkje grunn til å tru at departementet ser for seg ei justering som vil bryte med dette intervallet. Tvert imot er det nærliggande å tru at departementet ser for seg at denne justeringa bør skje gjennom ei tilnærming til dei tolkingsprinsippa som seinast vart lagt til grunn av mindretalet i Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys), altså at ytringane skal tolkast kontekstuellt. – Eg er derimot meir usikker om dei to andre forslaga til endring av strl. § 135 a, endringa av skyldkravet frå forsett til grov aktløyse og endringa av kravet til ”framsettes offentlig”, ligg innafor det intervallet som den gamle grl. § 100 stilte opp. Det iallfall ikkje kan vere særleg tvilsamt at dei to forslaga, både kvar for seg og samla, og særleg dersom ein ser dei i samanheng med justeringane av tolkingsprinsippa, inneber ei styrking av vernet mot rasistiske ytringar.⁵⁰

Fleirtalet i kontroll- og konstitusjonskomiteen (Høgre, Sosialistisk Venstreparti og Kristeleg Folkeparti) såg det som positivt at den nye grunnlovsføreseigna skulle gje rom for eit skjerpa vern mot rasistiske ytringar.⁵¹ Meiningsbrytningane i Stortinget hadde likevel sitt utgangspunkt i departementet sine forslag til endringar av strl. § 135 a. Kva Stortinget måtte meine om det nye grunnlovsvernet av rasistiske ytringar, må difor langt på veg lesast ut av standpunktet til endringane av straffelova.

Sjølv om fleirtalet ikkje uttalte seg særskilt om prinsippa for tolking av påstått ulovlege ytringar, vart det likevel framheva som:

”viktig at straffeloven § 135 a setter nødvendige grenser for kvalifisert krenkende uttalelser som hetser minoritetene. Flertallet understreker i denne sammenhengen at terskelen for hva som kan regnes som kvalifisert krenkende uttalelser i rettspraksis kan synes noe høy”.⁵²

Det er ein nær samanheng mellom tolkingsprinsippa og det eg vil kalle innslagspunktet i strl. § 135 a, altså kravet om at ytringane må vere ”kvalifisert krenkende” for å kunne møtast med straff. Difor er det ikkje heva over tvil kva fleirtalet sikta til med denne merknaden. Den kan tolkast på fleire måtar. – Ein mogleg innfallsvinkel vil vere å ta fleirtalet til inntekt for det syn at innslagspunktet burde formulerast slik at fleire ytringar vart ramma av straffebodet; at det ikkje berre var dei grovaste ytringane (altså dei ”kvalifisert krenkende”), som kunne straffast, men også dei mindre grove (dei som for eksempel berre var ”krenkende”). Ei slik endring ville utan tvil innebere eit markert avvik frå sikker rettspraksis fram til no,⁵³ og kunne truleg ikkje gjennomførast utan at

⁵⁰ At dette var ei målsetting med endringane, framgår dessutan heilt klart av forarbeida. Sjå St.meld. nr. 26 (2003–2004) s. 72 første spalte og NOU 2002: 12 s. 208 andre spalte og s. 210 første spalte.

⁵¹ Sjå Innst. S. nr. 270 (2003–2004) s. 22 andre spalte. Under debatten i Stortinget fekk fleirtalsinnstillinga tilslutning frå Senterpartiet og Venstre. Sjå St. forh. (2003–2004) s. 3597 første spalte (innlegg frå representanten Marit Arnstad frå Senterpartiet) og s. 3598 første spalte (innlegg frå representanten Trine Skei Grande frå Venstre).

⁵² Innst. S. nr. 290 (2003–2004) s. 22 andre spalte. Utheving i original. Sjå dessutan St. forh. (2003–2004) s. 3589 første spalte (innlegg frå representanten Martin Engeset frå Høgre, som var saksordførar) og s. 3596 andre spalte (innlegg frå representanten Modulf Aukan frå Kristeleg Folkeparti).

⁵³ I Rt. 1984 s. 1359 (Pastor) på s. 1363 formulerer Høgsterett, med tilvisning til dei tidlegare sakene om strl. § 135 a, eit krav om at ”krenkelsene må være av kvalifisert art for å rammes av bestemmelsen.” Eit tilsvarande innslagspunkt vart formulert av Høgsterett i Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse) på s. 1828 og i Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys) på s. 1624.

også grunnlovsvernet av rasistiske ytringar vart endra tilsvarende; altså at intervallet i den nye grl. § 100 vart endra. Med mindre det er klare haldepunkt for det motsette, kan ein ikkje legge til grunn at det var slike gjennomgripande endringar stortingsfleirtalet ville gjennomføre. Representanten Jon Lilletun frå Kristeleg Folkeparti sa det slik i debatten i Stortinget:

”Å komme med rasistiske ytringar er stort sett lovleg i Noreg, og slik skal det halde fram med å vere. Berre dei grovaste ytringane skal straffast.”⁵⁴

I lys av dette framstår det ikkje som særleg sannsynleg å tolke fleirtalsmerknaden som eit ønskje om at innslagspunktet i strl. § 135 a skal formulerast på ein annan måte, og difor vil heller ikkje fleirtalsmerknaden kunne tene som argument for at den nye grunnlovsføresegna opnar for eit svakare vern av rasistiske ytringar. – Vidare kan merknaden frå fleirtalet tolkast som at innslagspunktet i og for seg har ei tilfredsstillande formulering, men at det er Høgsterett si tolking av dette vilkåret i einskildsaker som har gjeve uheldige resultat. Eg vil ikkje utelukke at det over tid kan påvisast variasjonar i Høgsterett si vurdering av kva slags ytringar som har vorte ramma av strl. § 135 a, sjølv om innslagspunktet ”kvalifisert krenkende” har stått uendra i heile perioden. Det må likevel vere klart at Stortinget normalt ikkje treng å endre grunnlovsvernet for å sikre seg innverknad på rettstilstanden i slike situasjonar. Dersom Stortinget ønskjer å påverke tolkinga av einskildvilkår, enten vilkåra framgår av den alminnelege lovgjevinga eller er utpensla gjennom rettspraksis, må det, iallfall dersom endringane held seg innafør dei skrankane som grunnlovsføresegna oppstiller, vere tilstrekkeleg å gå vegen om endring av den alminnelege lovgjevinga. – Ein tredje innfallsvinkel, som etter mi vurdering kanskje er den mest nærliggande, er å lese merknaden frå fleirtalet som ein kritikk av dei tolkingsprinsippa som vart lagt til grunn av fleirtalet i Høgsterett i Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys). Desse prinsippa vil sjølvstendig Stortinget kunne ha meiningar om, og det er naturleg at dei kjem til uttrykk når grunnlovsføresegna skal vedtakast. Innlegget til representanten Modulf Aukan frå Kristeleg Folkeparti kan oppfattast i denne retninga:

”For det tredje slår fleirtalet fast at bruken av rasismeparagrafen, § 135 a i straffelova, ikkje har samsvar med det Stortinget har meint. Derfor bør terskelen for kva for utsegner som skal verta ramma av rasismeparagrafen, strammast noko inn. I saka mot ... [leiaren av Boot Boys] vart denne utsegna vurdert av Høgsterett: ”Hver dag raner, voldtar og dreper innvandrere nordmenn, hver dag blir vårt folk plyndret og ødelagt av jødene som suger vårt land tomt for rikdom og erstatter det med umoral og unorske tanker.” Høgsterett meinte at dette er lovleg tale. Det meiner eg er gale, og Stortinget har no gjeve signal om at Høgsterett bør endra kurs.”⁵⁵

Eg les dette utsagnet som eit ønskje frå stortingsfleirtalet om ei forsiktig justering av dei tolkingsprinsippa som fleirtalet i Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys) formulerte. Også her vil endringane kunne gjerast innafør dei skrankane som låg i den gamle grl. § 100. Utsegnene om endring av tolkingsprinsippa kan difor ikkje brukast som argument for at den nye grunnlovsføresegna opnar for eit anna, og svakare, vern for rasistiske ytringar enn det som fulgte av den gamle grl. § 100. – For ordens skuld nemner eg dessutan at fleirtalet slutta seg til dei øvrige forslaga frå departementet om endring av strl. § 135 a.⁵⁶

⁵⁴ St. forh. (2003–2004) s. 3592 første spalte.

⁵⁵ St. forh. (2003–2004) s. 3596 andre spalte. Avsnitta i det siterte utdraget er fjerna.

⁵⁶ Innst. S. nr. 270 (2003–2004) s. 22 andre spalte.

Spørsmålet etter dette blir om det er haldepunkt for at også mindretalet i Stortinget slutta seg til fleirtalsmerknaden? Verken Arbeidarpartiet eller Framstegspartiet uttalte seg eksplisitt om dei annonserte forslaga til endring av strl. § 135 a, men framførte ei meir generell tilslutning til vurderingane frå Ytringsfridomskommisjonen.⁵⁷ Dette inneber at forarbeida ikkje gjev særleg bidreg til å klargjere mindretalet sitt syn på grunnlovsvernet av rasistiske ytringar etter den nye grl. § 100. At det til slutt vart semje mellom fleirtalet og mindretalet om korleis den nye grunnlovsføresegna skulle utformast, kan heller ikkje tolkast i retning av at heile Stortinget stod bak fleirtalsmerknaden. Også her er innlegget til representanten Kjell Engebretsen frå Arbeidarpartiet av særleg interesse:

”Når Arbeiderpartiet i løpet av dagen kommer til å stemme subsidiært for seks av de sju leddene som ligger i dette forslaget, innebærer ikke dette at vi stiller oss bak de begrunnelser eller argumenter som Regjeringen eller regjeringspartiene fører for å komme fram til disse forslagene. Når vi senere skal gi oss i kast med alminnelig lov for å regulere en lang rekke bestemmelser som en konsekvens av det vi gjør her i dag, er det altså ikke slik at disse føringene vil ligge til grunn for vår vurdering av hvordan disse lovverkene skal utformes.”⁵⁸

Framstegspartiet uttalte seg ikkje om dette i stortingsdebatten, men i mangel av andre haldepunkt bør ein vel helst oppfatte partiet slik at det stod saman med Arbeidarpartiet om det som kom fram i innstillinga frå kontroll- og konstitusjonskomiteen.⁵⁹ – Det er likevel visse utsegner om det strafferettslege vernet mot rasistiske ytringar som er av interesse. Om dette uttalte representanten Kjell Engebretsen frå Arbeidarpartiet følgjande i debatten i Stortinget:

”Vi kommer tilbake til § 135 a ved en senere anledning. Jeg tror nok vi kan bli enige om hvordan den skal se ut. ... Det som er vårt springende punkt, er at ytringsfriheten er fri. Så vil ethvert samfunn måtte sette visse grenser, og vi kommer tilbake i neste runde for å få diskusjoner om hvordan disse grensene bør gå. Jeg tror ikke vi står så forferdelig langt fra hverandre, men metodisk tror jeg vi tenker litt forskjellig.”⁶⁰

Dette kan sjølvsagt tolkast som eit signal om at Arbeidarpartiet vil støtte (eitt eller fleire av) regjeringa sine forslag til endringar av strl. § 135 a. Partiet si haldning til spørsmålet om vernet for rasistiske ytringar framstår likevel som uklar, i og med den generelle tilslutninga til Ytringsfridomskommisjonen si innstilling.

3.3 Samanfatning

Etter mitt syn må det vere grunnlag for å meine at prinsippa for tolking av påstått ulovlege ytringar kan justerast utan hinder av den nye grunnlovsføresegna. Verken ordlyden i den nye § 100 eller forarbeida til den nye føresegna tyder på at Stortinget meinte å ville endre det rommet for variasjon i avveginga mellom ytringsfridommen og kolliderande interesser som den gamle grl. § 100 oppstilte. Eg meiner dessutan at den kursendinga som stortingsfleirtalet med dette har bede om, ikkje aktualiserer dei prosessuelle skrankane som ligg i grl. § 112, mellom anna kravet om 2/3 fleirtal. Dette inneber at Høgsterett må legge til grunn andre tolkingsprinsipp enn dei som fleirtalet formulerte i

⁵⁷ Innst. S. nr. 270 (2003–2004) s. 22 andre spalte og s. 23 første spalte.

⁵⁸ St. forh. (2003–2004) s. 3591 første spalte i.f. og andre spalte.

⁵⁹ Innst. S. nr. 270 (2003–2004).

⁶⁰ St. forh. (2003–2004) s. 3592.

Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys). Om Høgsterett allereie no pliktar å gjere dette, eller om plikta først inntretr etter at Stortinget har vedteke endringane av strl. § 135 a, vil truleg avhenge av synet på forarbeida som rettskjeldefaktor ved tolkinga av grunnlovsføresegner.

Eg er derimot meir i tvil om korleis dei to forslaga til endring av strl. § 135 a stiller seg i forhold til den nye grl. § 100. – Dersom ein vurderer det slik at endringane ligg innfor det intervallet som den gamle grl. § 100 oppstilte, og som vart vidareført i den nye, vil heller ikkje her dei prosessuelle krava i grl. § 112 vere av interesse. Desse kursjusteringane kan uansett ikkje leggst til grunn i det praktiske rettsliv før Stortinget har vedteke å endre strl. § 135 a. Det følgjer av legalitetsprinsippet i grl. § 96. – Ser ein det derimot slik at desse endringane ligg utanfor det intervallet som den gamle grl. § 100 oppstilte, reiser dette andre problemstillingar i forhold til tolkinga av skrankane i den nye grl. § 100 (både om forslaga til endring av strl. § 135 a kan takast til inntekt for at Stortinget meinte å ville utvide eller endre det rommet for avveging som ligg i den nye grunnlovsføresegna, og om denne oppfatninga hadde oppslutning frå eit kvalifisert fleirtal i Stortinget). Innafor rammene av denne artikkelen er det imidlertid ikkje mogleg for meg å turnere desse på forsvarleg vis, og eg let dei difor ligge.

LITTERATURLISTE

Andenæs/Fliflet 2004: Johs. Andenæs, Statsforfatningen i Norge, 9. utgave ved Arne Fliflet, Oslo 2004; *Borvik, LoR 2004-I*: Bjørnar Borvik, Ytringsfridom – ein kritikk, Lov og Rett 2004 s. 72–98; *Borvik, LoR 2004-II*: Bjørnar Borvik, Bindande forarbeid til grunnlova § 100?, Lov og Rett 2004 s. 513–514; *Eggen 2002*: Kyrre Eggen, Ytringsfrihet, Vernet om ytringsfriheten i norsk rett, Oslo 2002; *Eggen, NOU 2002*: Kyrre Eggen, Rasediskriminerende ytringer, NOU 2002: 12 s. 185–205.

Foretaksstraff mot politiske partier

Av universitetslektor Knut Høivik

1 INNLEDNING

Høyesterett avsa den 1. oktober 2004 kjennelse om foretaksstraff mot den politiske ungdomsorganisasjonen Rød Ungdom, se. HR-2004-01639-A. Avgjørelsen ble truffet under dissens 3–2. Organisasjonen, som er organisert som en ikke-økonomisk forening,¹ ble ilagt en bot på kr 25.000 for å ha avfotografert og lagt ut på internett tretten skolebøker for elever i den videregående skole i strid med åndsverkloven § 54 første ledd bokstav a, jf. § 2 første ledd, jf. tredje ledd.² Aksjonen ble vedtatt av landsstyret høsten 2000 og deretter iverksatt bl.a. av organisasjonens leder. Ingen enkeltpersoner ble tiltalt, men det er opplyst i avgjørelsen at lederen ble gitt påtaleunntatelse for samme forhold som partiet ble dømt for.³

Da saken kom opp for Høyesterett, var det allerede rettskraftig avgjort at vilkårene for foretaksstraff etter straffeloven (strl.) § 48 a var oppfylt. Av uttrykket ”kan ... straffes” i denne bestemmelsen følger imidlertid at straffansvaret er fakultativt. For Høyesterett var problemstillingen dermed ”... om foretaksstraff *bør* ilegges”.⁴ Loven gir retten en stor grad av skjønnsfrihet ved avgjørelsen av dette spørsmålet.⁵ Straffeloven § 48 b angir retningslinjer for vurderingen, men disse er ikke uttømmende.⁶

Kjennelsen slår fast at det av hensyn til politiske partiers funksjon i samfunnet skal mye til å for å illegge politiske organisasjoner foretaksstraff. Dessuten kan det på bakgrunn av avgjørelsen antas at det vil ha særlig stor vekt i vurderingen, om lovbruddet er begått av ledende organer. Dersom lovbruddet er begått av den øverste ledelse, synes heller ikke det forhold at foretaksstraffens prevensjonsformål ikke slår til, å forhindre at foretaksstraff ilegges.

Etter min oppfatning er det grunn til å stille spørsmål ved om flertallets sterke fokus på at lovbruddet ble begått av ledende organer, i det konkrete tilfellet var treffende i lys av foretaksstraffens preventive begrunnelse. Jeg skal begrunne dette gjennom en nærmere

¹ Se Geir Woxholth: *Foreningsrett* (2. utgave. Oslo 1999; heretter *Woxholth*) s. 30–35 og s. 50 flg.

² Siden Oslo namsrett ved midlertidig forføyning hadde nedlagt forbud overfor Rød Ungdom mot å avfotografere og legge bøkene ut på internett, omfattet straffansvaret også brudd på straffeloven (strl.) § 343 første ledd andre straffalternativ.

³ HR-2004-10639-A (avsnitt 18).

⁴ HR-2004-10639-A (avsnitt 10), kursivert i original.

⁵ Spørsmålet om et foretak bør straffes etter kan-regelen i strl. § 48 a, jf. § 48 b, hører prosessuelt til straffespørsmålet, jf. bl.a. Magnus Matningsdal og Anders Bratholm (red.): *Straffeloven med kommentarer. Første Del. Almindelige Bestemmelser* (2. utgave. Oslo 2003; heretter *Matningsdal og Bratholm*) s. 412–413.

⁶ HR-2004-10639-A (avsnitt 10).

analyse av de momentene som Høyesterett la vekt på i skjønnsvurderingen (pkt. 2). Videre gir avgjørelsen grunnlag for refleksjoner om foretaksstraff overhodet bør anvendes mot ikke-økonomiske foreninger (pkt. 3).

2 HOVEDMOMENTENE I HØYESTERETTS SKJØNNSVURDERING

2.1 Lovbruddet ble besluttet og iverksatt av foreningens øverste ledelse

Høyesteretts flertall la avgjørende vekt på at "aksjonen ... ble besluttet av organisasjonens landsstyre ... forberedt og senere iverksatt i regi av organisasjonen som sådan ... og gjennomført med et "fast og iherdig forsett" til tross for at det ved midlertidig forføyning var lagt ned forbud mot aksjonen". Også mindretallet anerkjente at det "vanligvis vil være et argument for å ilegge foretaksstraff at personer høyt oppe i foretaket er ansvarlige for lovbruddet".⁷ Men mindretallet anså ikke dette avgjørende i det konkrete tilfellet.

At det har betydning for vurderingen hvor høyt oppe i organisasjonen lovbruddet er begått, fremgår ikke av listen over relevante avveiiingsmarkører i strl. § 48 b, men har vært fremhevet i juridisk teori som eksempel på et relevant moment som faller utenfor lovens ordlyd.⁸ Flertallet peker også på at det må antas at foretaksstraff vil være "særlig sterkt begrunnet" når det er begått på grunnlag av vedtak i de styrende organer, all den stund det etter strl. § 48 b bokstav c skal legges vekt på om "foretaket har søkt å forebygge overtredelsen".⁹ Etter min oppfatning er imidlertid dette lovbestemte momentet utslag av foretaksstaffens preventive formål, som ikke gjorde seg gjeldende med særlig tyngde, jf. pkt. 2.4 nedenfor.

Å legge vekt på at lovbruddet er begått av ledende organer, er videre forenlig med den konstruksjon som reglene om foretaksstraff historisk springer ut av. Til en viss grad er reglene om foretaksstraff inspirert av det erstatningsrettslige organansvaret.¹⁰ Organansvaret innebærer at en juridisk person tillegges erstatningsansvar for bestemte fysiske personers culpøse handlinger. Noe upresist er kravet at den fysiske personen må ha en ledende posisjon i foretaket.¹¹ Bakgrunnen for dette kravet er at organansvaret bygger på den konstruksjon at den fysiske persons handling *er* foretakets handling.¹² Foretaket anses i slike tilfeller å ha begått den erstatningsbetingende handling *selv*. Det er bare personer med ledende posisjoner som kan anses som foretaket selv. Historisk springer denne modellen ut av den tyske organteori, hvor fysiske personers organer ble sammenlignet med juridiske personers rettslige organer.¹³ Organteorien forsøker blant annet å overvinne den prinsipielle innvendingen mot å ansvar at et foretak som sådan ikke har evne til å handle eller en vilje som kan utvise skyld.

De engelske regler om foretaksstraff bygger historisk på en tilsvarende konstruksjon. For straffebud som krever forsett (*mens rea*), ble det tidligere lagt til grunn at det ikke

⁷ HR-2004-10639-A (avsnitt 37).

⁸ Se *Matningsdal og Bratholm* s. 424.

⁹ HR-2004-10639-A (avsnitt 21).

¹⁰ *Matningsdal og Bratholm* s. 397. Dette er også flertallet inne på, jf. HR-2004-10639-A (avsnitt 20).

¹¹ Se Bjarte Askeland: Erstatningsrettslig identifikasjon (Oslo 2002; heretter *Askeland*) s. 280 flg.

¹² *Askeland* l.c.

¹³ Se *Askeland* s. 281 med videre henvisninger.

var adgang til å ilegge et foretak straff. Begrunnelsen var at et foretak som sådan ikke kunne utvise skyld. Rundt midten av forrige århundre utviklet imidlertid engelske domstoler "the doctrine of identification", som innebar at foretak også kunne straffes for lovbrudd som krever forsett.¹⁴ Doktrinen bygger på at utvalgte personers handlinger ble ansett for å være foretakets handlinger. Dette gjaldt imidlertid bare personer med ledende stillinger.

En sentral avgjørelse fra the House of Lords er her *Tesco v. Natrass* [1972] Appeal Cases 153. Her uttaler Lord Reid: "A living person has a mind which can have knowledge or intention or be negligent and he has hands to carry out his intentions. A corporation has none of these: it must act through living persons, though not always one or the same person. Then the person who acts is not speaking or acting *for* the company. He is acting *as* the company and his mind which directs his act is the mind of the company".

Konstruksjonen er videre i tråd med Europarådets "Recommendation No. R (88) 18" om offentlige sanksjoner mot juridiske personer, som forutsetter at ledelsen har vært involvert i lovbruddet.

De norske reglene om foretaksstraff rekker imidlertid langt videre enn denne organkonstruksjonen tilsier. Etter strl. § 48 a første ledd er vilkåret at lovbruddet er begått av "noen som har handlet på vegne av" foretaket. Dette rammer både sammenslutningens organer, ansatte og delvis selvstendige oppdragstakere.¹⁵ Avgrensningen av den personkrets som kan pådra et foretak straffansvar avgjøres dermed ikke etter en organkonstruksjon, men først og fremst etter hvor langt straffens preventive begrunnelse gjør seg gjeldende. Forestillingen om at ledelsen *er* foretaket, fortjener derfor neppe i seg selv særlig vekt uavhengig av foretaksstraffens preventive virkning, jf. pkt. 2.4 nedenfor.

2.2 Virksomhetens art - politisk parti

Både flertall og mindretall la til grunn at det talte mot foretaksstraff at straffen ville ramme et *politisk parti*. Flertallet uttalte at det av "... hensyn til den fri meningsutveksling og de politiske partienes betydning i et demokrati ...[er] grunn til å vise tilbakeholdenhet med å anvende foretaksstraff overfor politiske partier".¹⁶ Mindretallet tok som sitt utgangspunkt at et "slik straffansvar for en politisk eller idealistisk organisasjon, der lovbruddet er utslag av organisasjonens politikk eller idealisme, må ha tungtveiende grunner for seg".¹⁷ Mens mindretallet fant at det ikke forelå slike tungtveiende grunner, fant flertallet at hensynet til at straffen rammer et politisk parti, ikke kunne ha avgjørende vekt når lovbruddet var en effektivering av et vedtak av foreningens landsstyre.

¹⁴ Om "the doctrine of identification" se for eksempel Amanda Pinto & Martin Evans: *Corporate Criminal Liability*. London 2003 s. 39–67 og Celia Wells i Albin Eiser, Günther Heine og Barbara Huber (eds.): *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*. International Colloquium Berlin 1998 s. 218–220. Wells peker på at doktrinen er satt under press i nyere rettspraksis, slik at kretsen av hvilke personer som kan identifiseres med selskapet utvides.

¹⁵ Om dette kravet til personell tilknytning, se blant annet Johs. Andenæs: *Alminnelig Strafferett*. (5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo 2004; heretter *Andenæs/Matningsdal/Rieber-Mohn*) s. 281–282 og *Matningsdal og Bratholm* s. 396–399.

¹⁶ HR-2004-10639-A (avsnitt 22).

¹⁷ HR-2004-10639-A (avsnitt 31).

Dette hensynet til virksomhetens art er heller ikke omfattet av listen over retningslinjer i strl. § 48 b. Spørsmålet om straff mot et politisk parti har ikke tidligere vært behandlet i Høyesterett. Betydningen av virksomhetens art har imidlertid vært berørt i relasjon til medieforetak, jf. særlig Rt. 1998 s. 652, Rt. 2000 s. 234, Rt. 2001 s. 837 og Rt. 2001 s. 1379. Dommene viser at det av hensyn til ytringsfriheten skal mye til for å ilegge medieforetak straff. Både flertallet og mindretallet i saken mot Rød Ungdom trakk frem denne praksis som ledd i begrunnelsen for at terskelen for straff også mot politiske partier må være høy.¹⁸ Til tross for resultatet tilsier uttalelsene at politiske partier bare i sjeldne tilfeller vil kunne ilegges foretaksstraff.

2.3 Foretaksstraffens anvendelsesområde - kjerne eller periferi

Forsvareren anførte i saken at foretaksstraff har "sin viktigste funksjon ved brudd på lovgivning av økonomisk eller samfunnsregulerende karakter (herunder ressurs- og miljølovgivning)".¹⁹ Uten at det fremgår klar av dommen, må poenget være at siden Rød Ungdom ikke drev økonomisk virksomhet, og det ikke dreide seg om brudd på typisk reguleringslovgivning, falt det utenfor kjernen av foretaksstraffens anvendelsesområde.

Både flertall og mindretall var enige i at brudd på reguleringslovgivningen var foretaksstraffens kjerneområde.²⁰ Flertallet understreket imidlertid at foretaksstraffen er "... generell og ikke begrenset til disse områdene".²¹ Mindretallet derimot påpekte at selv "... om straffelovens bestemmelser om foretaksstraff har en generell rekkevidde, er det fortsatt slik at denne straffen har sin sterkeste begrunnelse og legitimitet innenfor reguleringslovgivning i vid forstand, der overtredelsen har funnet sted på vegne av en økonomisk virksomhet". Videre påpekte mindretallet at foretaksstraff mot en politisk organisasjon for et lovbrudd som er idealistisk motivert, ligger "... langt utenfor denne straffens kjerneområde".²²

En lignende anførsel ble vurdert i Rt. 2000 s. 2023, hvor saken gjaldt en forening som ble dømt for brudd på kulturminneloven. Her uttalte førstvoterende på vegne av en- stemmig Høyesterett: "Forsvareren har anført at foretaksstraff er mest aktuelt i næringsforhold, og at vi i den foreliggende sak befinner oss i utkanten av anvendelsesområdet for foretaksstraff. Dette er jeg ikke enig i. Hjemmelen for å anvende foretaksstraff er generell." Sammenlignet med både flertallets og mindretallets premisser i saken mot Rød Ungdom, synes den siterte uttalelsen i Rt. 2000 s. 2023 i sterkere grad å understreke at foretaksstraffen er generell. I så måte er det grunn til å tro at Rød Ungdom avgjørelsen markerer en viss kursjustering, slik at det må antas at det spiller en ikke uvesentlig rolle om saksforholdet faller innenfor eller utenfor foretaksstraffens kjerneområde.

¹⁸ HR-2004-10639-A (avsnitt 22 og 33).

¹⁹ HR-2004-10639-A (avsnitt 20).

²⁰ HR-2004-10639-A (avsnitt 20 og 32). Tilsvarende *Andenæs/Matningsdal/Rieber-Mohn* s. 277.

²¹ HR-2004-10639-A (avsnitt 20).

²² HR-2004-10639-A (avsnitt 36).

2.4 Foretaksstraffens preventive virkning og forholdet til det personlige straffansvaret

At foretaksstraffens preventive virkning er relevant i vurderingen, følger direkte av strl. § 48 b første ledd a. Uten å henvise direkte til bestemmelsen la både flertall og mindretall vekt på dette. Flertallet viste til at "[h]ovedbegrunnelsen for foretaksstraff er at man ved å straffe foretaket i tillegg til de personlig ansvarlige, styrker straffebudenes preventive effekt ...".²³ Mindretallet uttalte at "[f]oretaksstraffens hovedbegrunnelse er ... de preventive gevinster denne straff kan gi".²⁴

Det spesielle ved saken var at det kunne reises tvil om hovedbegrunnelsen overhodet slo til. Mindretallet mente at "... hovedbegrunnelsen for foretaksstraff ikke slår til: Det er intet som tilsier at preventive hensyn ivaretas bedre ved at organisasjonen Rød Ungdom ilegges en bot på 25.000 kroner enn ved et markant personlig bødeansvar for de sentrale personer i organisasjonen som har initiert de ulovlige aksjonene, i første rekke daværende leder, ... men også kretsen rundt ham".²⁵

Førstvoterendes uttalelser kan tyde på at heller ikke flertallet fant at hovedbegrunnelsen slo til. Etter å ha presisert innholdet i foretaksstraffens formål som sitert ovenfor, presiserte han nemlig: "... [F]oretaksstraff må *imidlertid også* kunne anvendes i tilfeller hvor handlingen har en slik tilknytning til foretaket at det er foretaket som peker seg ut som det naturlige ansvarssubjekt eller det av andre grunner vil være urimelig å legge ansvaret på noen enkeltperson ... Dette kan ikke bare gjelde i tilfeller hvor lovbruddet har funnet sted i foretakets interesse, men også hvor det er foretakets ledelse eller styrende organer som har tatt initiativ til og/eller står bak lovbruddet".²⁶ Uttalelsen reiser tvil om hvor stor betydning foretaksstraffens formål hadde på resultatet. Det er nærliggende å forstå flertallet i retning av at foretaksstraff må kunne anvendes selv om hovedbegrunnelsen ikke slår til, nærmere bestemt dersom det vil være "urimelig" å legge ansvaret på noen enkeltperson.

Dette urimelighetskriteriet fortjener en nærmere analyse. Men siden kriteriet presenteres som en modifikasjon av betydningen av foretaksstraffens preventive virkning, kan det først være grunn til å se litt nærmere på forholdet mellom prevensjonsformålet og det konkrete saksforholdet. Et utgangspunkt kan her være at foretaksstraffen er av "supplerende karakter" i forhold til det personlige straffansvaret.²⁷ Ved å kunne straffe foretaket i tillegg til de personlig ansvarlige, oppnår man først og fremst å styrke "... straffebudets preventive effekt ved at man unngår ansvarspulverisering".²⁸

Med ansvarspulverisering siktes for det første til situasjonen at ingen enkeltpersoner kan stilles til ansvar fordi det er umulig å klarlegge hvem som har begått lovbruddet. Siden foretaksstraff rammer både kumulative og anonyme feil, sikres at lovbruddet får konse-

²³ HR-2004-10639-A (avsnitt 23).

²⁴ HR-2004-10639-A (avsnitt 32).

²⁵ HR-2004-10639-A (avsnitt 36).

²⁶ HR-2004-10639-A (avsnitt 23), min kursivering.

²⁷ Ot.prp. nr. 27 (1990–1991) s. 6 og HR-2004-10639-A (avsnitt 23). Selv om ansvaret er av supplerende karakter, er foretaksstraff likevel ikke betinget av at noen enkeltperson kan straffes, jf. *Andenæs/Matningsdal/Rieber-Mohn* s. 283.

²⁸ HR-2004-10639-A (avsnitt 23) med henvisning til litteratur.

kvenser for virksomheten selv om ingen enkeltpersoner straffes. Og selv om etterforskning vil kunne avdekke hvem som er personlig ansvarlig, vil dette i uoversiktlige tilfeller kunne være svært ressurskrevende. Muligheten til å sanksjonere med foretaksstraff kan i slike tilfeller være en mer effektiv bruk av påtalemyndighetens ressurser.²⁹ Denne form for ansvarspulverisering stod ikke særlig sentralt i saken mot Rød Ungdom. Som mindretallet peker på var det "... offentlig kjent hvem som satt i organisasjonens sentralstyre på den tiden, og det er ubestridt at sentralstyret stod bak vedtaket i landsstyret om å gjennomføre aksjonen".³⁰ Det kunne altså ha vært reist tiltale mot medlemmene av landsstyret og Rød Ungdoms leder. Førstvoterende anfører riktig nok mot dette at en "... straffeforfølgning av de som deltok i aksjonen, lett [kunne] ha blitt tilfeldig. Vedtaket om å gjennomføre aksjonen var som nevnt fattet av Rød Ungdoms landsstyre, men ved gjennomføringen av aksjonen var en rekke medlemmer involvert. Det ville ikke være lett å foreta en rettfærdig avgrensning av den personkrets som skulle straffeforfølges".³¹ Men denne innvendingen endrer ikke at det i saken var på det rene hvilke personer som stod bak vedtaket i landsstyret og dermed initierte lovbruddet.

For det andre skal foretaksstraff motvirke ansvarspulverisering i form av at bøter mot de personlig ansvarlige må fastsettes under hensyn til deres økonomi, jf. strl. § 27. Ved foretaksstraff kan reaksjonen utmåles under hensyn til *foretakets* økonomi, noe som vil kunne gi grunnlag for strengere reaksjoner. Uten foretaksstraff risikerer man at straffereaksjonen ikke står i forhold til overtredelsens grovhet. Slik ansvarspulverisering hviler imidlertid på en forutsetning om at foretaket har sterkere økonomisk ryggrad enn de ansvarlige enkeltpersoner, og/eller at foretaket oppnådde direkte eller indirekte økonomiske fordeler ved lovbruddet. Dette bidrar til å begrunne at det i vurderingen av om foretaksstraff skal ilegges, er relevant å legge vekt på om foretaket "har hatt eller kunne ha oppnådd noen fordel ved overtredelsen", jf. § 48 b bokstav e. Det er imidlertid vanskelig å se at lovbruddet var egnet til å gi noen direkte eller indirekte økonomiske fordeler for Rød Ungdom.³² Følgelig spilte også denne formen for ansvarspulverisering en beskjeden rolle.

I tillegg til å motvirke ansvarspulverisering skal foretaksstraff styrke straffebudets preventive virkning ved å disiplinere ledelsen til å hindre at lovbrudd blir begått i virksomheten. Dette bidrar til å forklare at det er relevant å vektlegge "om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget overtredelsen", jf. strl. § 48 b bokstav c. Momentet er særlig aktuelt hvis lovbruddet er begått av underordnede. Foretaksstraff vil her styrke ledelsens oppfordring til å foreta opplæring og kontroll i organisasjonen for å forhindre lovbrudd. Et personlig straffansvar mot den underordnede vil i seg selv gi begrenset preventiv effekt. Når det som i saken mot Rød Ungdom er klart at lovbruddet er begått av ledelsen, er det på den andre siden vanskelig å se at foretaksstraff vil disiplinere ledelsen i større grad enn et strengt

²⁹ Ot.prp. nr. 27 (1990–91) s. 23.

³⁰ HR-2004-10639-A (avsnitt 32).

³¹ HR-2004-10639-A (avsnitt 19).

³² *Matningsdal og Bratholm* s. 419 presiserer at uttrykket "fordel" i strl. § 48 b bokstav e ikke er "begrenset til ren økonomisk vinning." Som eksempel på andre fordeler nevnes blant annet at "en bedrift øker sine produksjons- eller avsetningsmuligheter eller blir kvitt sine konkurrenter". Felles for alle eksemplene som nevnes er imidlertid at de tjener virksomhetens underliggende formål om økonomisk avkastning. Dermed gir de i det minste et indirekte økonomisk formål.

personlig straffansvar. I slike tilfeller er det etter min oppfatning først og fremst ansvarspulveriseringshensynet som kan begrunne foretaksstraffen. Da blir det ikke helt treffende når flertallet bruker momentet i strl. § 48 b bokstav c til å underbygge at foretaksstraff vil være "... særlig sterkt begrunnet når lovbruddet er begått på grunnlag av vedtak fra foretakets styrende organer".³³

Det er etter dette vanskelig å se at den preventive virkning i særlig grad talte for straff mot Rød Ungdom. Et spørsmål blir da om det likevel, som førstvoterende antar, kan være grunn til å anvende foretaksstraff dersom straff mot enkeltpersoner vil være "urimelig".

Dette urimelighetssynspunktet er særlig fremhevet av *Matningsdal og Bratholm* s. 393, som førstvoterende også henviser til. Forfatterne knytter imidlertid denne oppfatning til det tilfellet at lovbruddet har skjedd i "bedriftens interesse".³⁴ At det taler for foretaksstraff at lovbruddet har funnet sted i "foretakets interesse", følger direkte av strl. § 48 b bokstav d. Synspunktet har mest for seg innenfor foretaksstraffens kjerneområde – brudd på økonomisk reguleringslovgivning, jf. pkt 2.3 ovenfor. For selskaper som driver økonomisk virksomhet, for eksempel gjennom et aksjeselskap, vil selskapsinteressen som regel bestå av deltakernes fellesinteresse i å oppnå størst mulig avkastning på selskapets kapital.³⁵ Dersom lovbruddet tjener dette underliggende formål, tilsier allerede ansvarspulveriseringshensynet, og dermed prevensjonsformålet, at foretaksstraff bør ilegges, jf. strl. § 48 b bokstav e. I slike tilfeller kan det fremstå som urimelig at enkeltpersoner skal måtte bære straffansvaret, særlig hvis vedkommende ikke har gått utover sine instruksjoner fra overordnede.

For en politisk ungdomsorganisasjon og andre ikke-økonomiske foreninger, er det på den andre siden vanskelig å identifisere en entydig foretaksinteresse. For Rød Ungdom er foretakets interesse å skaffe oppslutning om og gjennomslag for den til enhver tid gjeldende politikk i partiet. Men det nærmere innholdet i denne foretaksinteressen vil i begrenset grad være entydig mellom medlemmene. Dessuten vil den være i konstant endring over tid og etter hvert som samfunnet og medlemsmassen endrer seg. Det gir i slike tilfeller liten mening å hevde at det vil være urimelig å ilegge enkeltpersoner straff fordi lovbruddet har skjedd i bedriftens interesse, særlig dersom foreningen ikke har oppnådd økonomiske fordeler ved lovbruddet.

Urimelighetssynspunktet som forfektes av *Matningsdal og Bratholm* er på denne bakgrunn et naturlig ledd i prevensjonsformålet. Førstvoterende går imidlertid langt videre og fremholder at det vil kunne være urimelig å ilegge enkeltpersoner straffansvar også i andre tilfeller, nemlig som her når "foretakets ledelse eller styrende organer ... har tatt initiativ til og/eller står bak lovbruddet". Mot dette kan innvendes at det umiddelbart er vanskelig å få øye på det urimelige i et personlig straffansvar mot *medlemmene* av de styrende organer som initierte lovbruddet, særlig når det vanskelig kan påvises noen preventive virkninger av foretaksstraffen. Flertallets avgjørende vektlegging av at lov-

³³ HR-2004-10639-A (avsnitt 21).

³⁴ *Matningsdal og Bratholm* s. 393.

³⁵ Om gevinstmaksimeringsformålet i aksjeselskaper, se bl.a. Filip Truyen: Aksjonærenes myndighetsmisbruk – en studie av asl./asal. § 5-21 og uskrevene misbruksprinsipper (Bergen 2004) s. 78–84.

bruddet ble begått av de styrende organer, nærmest uavhengig av straffens preventive virkning, kan tyde på at den historiske forestillingen om at ledelsen *er* foretaket, dominerer. Men denne tankekonstruksjonen fortjener neppe større vekt enn formålet med foretaksstraffen rekker.³⁶

2.5 Foretaksstraffen vil ramme uskyldige medlemmer av organisasjonen

Det har vært innvendt mot foretaksstraff at den vil kunne ramme uskyldige interesser som aksjonærer, deltakere eller medlemmer av foretaket.³⁷ Dette ble også påberopt av forsvareren i saken mot Rød Ungdom, som særlig viste til at det i denne type ungdoms-organisasjoner er stor gjennomstrømning i medlemsmassen og ledelsen. Til dette uttalte flertallet at "... ordningen med foretaksstraff [nettopp] går ut på å ramme andre enn de personer som er ansvarlige. Særlig i et tilfelle som dette hvor aksjonen er iverksatt etter vedtak av organisasjonens landsstyre, kan jeg ikke se at det vil virke urimelig å straffe organisasjonen selv om det i mellomtiden har vært stor utskiftning i medlemsmassen".³⁸

Tilsynelatende er dette treffende og langt på vei i tråd med klare uttalelser i forarbeidene og i juridisk teori: At foretaksstraff vil kunne ramme uskyldige interesser, har begrenset gjennomslagskraft.³⁹ Begrunnelsen er at foretaksstraff ikke innebærer en personlig bebreidelse mot enkeltpersoner. Videre rammes uskyldige interessenter bare indirekte gjennom deres økonomiske interesser i foretaket. Selv om straffen rammer andre enn den ansvarlige, vil foretaksstraff derfor i de typiske tilfeller ramme den som direkte eller indirekte nyter økonomiske fordeler av lovbruddet. Dersom et næringsdrivende aksjeselskap blir ilagt straff for korrupsjon som har gitt selskapet en innbringende kontrakt, fremstår det ikke som urimelig at aksjonærene må bære et indirekte ansvar. Dersom aksjene blir solgt, vil straffansvaret kunne redusere aksjenes verdi. Ansvaret rammer derfor ikke nye aksjonærer overhodet.

Denne begrunnelsen treffer imidlertid ikke like godt ved foretaksstraff mot en ikke-økonomisk forening som ikke har nytt noen økonomisk fordel av lovbruddet. Her rammer straffen ikke medlemmenes økonomiske interesse, men snarere deres ideelle interesser. Straffen kan svekke muligheten til drive organisasjonen videre, særlig hvis straffen bryter den økonomiske ryggraden til foreningen. I motsetning til når straffen rammer et aksjeselskap, vil i tillegg straffen ramme fremtidige deltakere minst like hardt. Særlig gjelder dette i organisasjoner som Rød Ungdom med stor gjennomstrømning av medlemsmassen. Her rammer straffansvaret kanskje først og fremst fremtidige medlemmer som ikke hadde noen tilknytning til lovbruddet. Foretaksstraff mot Rød Ungdom kan derfor lett fremstå som et urimelig inngrep i fremtidige medlemmers ideelle interesser. At lovbruddet skjedde i organisasjonens øverste ledelsesorganer, endrer ikke dette.

3 BØR IKKE-ØKONOMISKE FORENINGER ILEGGES FORETAKSSTRAFF?

Siden spørsmålet om foretaksstraff bør ilegges, beror på en konkret skjønnsmessig vurdering, er det vanskelig å identifisere hvor stor betydning denne enkeltavgjørelsen vil ha for fremtidige saker. Det synes klart at momentene som ble vektlagt, er i tråd med

³⁶ Se *Andenæs/Matningsdal/Rieber-Mohn* s. 276, som blant annet påpeker at begrepsmessige konstruksjoner om en juridisk persons vilje ikke har noen verdi.

³⁷ Se bl.a. *Andenæs/Matningsdal/Rieber-Mohn* s. 277.

³⁸ HR-2004-10639-A (avsnitt 23).

³⁹ NOU 1989: 11 s. 9–10, Ot.prp. nr. 27 (1990–91) s. 7 og *Andenæs/Matningsdal/Rieber-Mohn* l.c.

tidligere avgjørelser og juridisk teori. Men avgjørelsen vil nok ha sentral betydning for fastlegging av den generelle terskelen for straff mot politiske partier: Til tross for dissens om resultatet gir Høyesterett enstemmig uttrykk for at det skal mye til for å ilegge slike organisasjoner foretaksstraff.

Noe mer oppsiktsvekkende er kanskje at avgjørelsen støtter at foretaksstraff kan ilegges selv om hovedbegrunnelsen for foretaksstraff i beskjedne grad slår til, samtidig som det er klart hvilke enkeltpersoner som stod ansvarlige for lovbruddet. Som eksempel på en avgjørelse hvor tilsvarende momenter ga motsatt resultat, kan nevnes Rt. 1982 s. 878, som gjaldt foretaksstraff mot et entreprenørfirma, som i strid med arbeidsmiljølovens bestemmelser, satte en hjelpearbeider til helkontinuerlig skiftarbeid selv om han ikke var fylt 18 år. Høyesterett frifant firmaet (dissens 3–2). Flertallet la blant annet vekt på at lovbruddet ikke var utført i bedriftens interesse, og at det var på "... det rene hvem som innenfor bedriften må holdes ansvarlig for at kontrollrutinen var for lettvinnt".⁴⁰

I forlengelsen av dette illustrerer avgjørelsen at det kan være en utfordring å finne gode grunner for foretaksstraff mot ikke-økonomiske foreninger. I forhold til saken mot Rød Ungdom er kanskje ikke hensynet til yttingsfriheten det største problemet, men heller at det verken kan identifiseres en entydig foretaksinteresse eller spor av økonomiske fordeler ved lovbruddet. I tillegg kommer at straffen rammer særlig fremtidige deltakers ideelle interesser. Om lovbruddet er begått av ledelsen eller ikke, spiller i den forbindelse mindre rolle.

Selv om foretaksbegrepet i strl. § 48 a utvilsomt omfatter ikke-økonomiske foreninger, kan etter dette gode grunner tale for at foretaksstraff mot denne organisasjonstypen forbeholdes lovovertrедelser som er egnet til å gi foreningen en direkte eller indirekte økonomisk fordel. Bare i slike tilfeller gjør ansvarsapulveriseringshensynet seg gjeldende. Dessuten tilsier likhetshensyn i forhold til næringsdrivende foretak at straff ilegges når foreningen har en økonomisk interesse i lovbruddet. På den andre siden har ikke hensynet til medlemsmassen samme betydning da som når foretaket ikke nyter fordeler av overtrедelsen.

Med unntak av avgjørelsen mot Rød Ungdom finnes så vidt vites ikke eksempler på høyesterettsavgjørelser hvor en ikke-økonomisk forening er blitt idømt straff uten at lovbruddet har gitt en direkte eller indirekte økonomisk fordel. Se i den forbindelse Rt. 2000 s. 2023, som gjaldt en ikke-økonomisk forenings brudd på kulturminneloven ved riving av bygning.⁴¹ Her la Høyesterett vekt på at "... løsningen ved rivingen har oppnådd en betydelig vinning" (s. 2028). Se videre den danske høyesterettsdommen inntatt i U 1993 s. 551, hvor formannen i en idrettsforening ble frikjent for uaktsom overtrедelse av sterkstrømreglementet. Tiltalen ble reist mot ham etter en dødsulykke på en idrettsbane som foreningen disponerte og hadde oppsynsansvar for. På idrettsbanen var oppført et lysanlegg. På grunn av en feil var strøm blitt ledet ned gjennom den ene masten

⁴⁰ Rt. 1982 s. 878 på s. 882. En annen sak er at det kan diskuteres om ikke lovovertrедelsen i et tilfelle som dette tjente selskapets underliggende interesse i gevinstmaksimering.

⁴¹ Se også Rt. 1997 s. 846 hvor en frifinnende dom mot en håndverkerforening for brudd på tidligere prislov av 2. juni 1953 nr. 4 § 52 ble opphevet av Høyesterett. Lovbruddet besto i at foreningens styre sendte et brev til medlemmene med oppfordring om å øke timeprisene til minimum kr 250. Dette lovbruddet kan sies å tjene medlemmenes økonomiske interesser, og ga dermed en indirekte økonomisk fordel.

og ut i et håndtak som ble brukt til å justere lyskasterne. En gutt på 14 år omkom av elektrisk støt da han dreide håndtaket for å justere lyskasterne på banen. Det ble ikke reist straffesak mot idrettsforeningen. Siden saken reiste spørsmål om tiltalemuligheten overfor foreningen kunne påvirke aktsomhetsnormen overfor formannen, vurderte Højesteret imidlertid om tiltale i det konkrete tilfellet kunne ha vært reist mot idrettsforeningen. Højesteret kom til at tiltale kunne vært reist mot foreningen. *Torben Melchior i U 1993 B s. 436–439* uttaler i den forbindelse at en begrunnelse for dette blant annet var at ”overtrædelse af særlovgivningen kan ofte medføre en – måske utilsigtet – økonomisk fordel for foreningen og dermed dens medlemmer, og det er rimeligt, at kollektivet da også bærer ansvaret. I den foreliggende sak havde foreningen – ubevidst – sparet utgifter til nødvendige eftersyn af lysanlægget”. Poenget var altså at foreningen indirekte nøt en økonomisk fordel ved lovbruddet, og derfor burde kunne straffes. Synspunktet er endelig i tråd med Den nordiske strafferettskomiteens betenkning om foretaksstraff i NU 1986: 2 s. 40, som anbefaler at straff mot (ideelle) foreninger forbeholdes de tilfeller hvor lovbruddet skjer som ledd i aktiviteter som har preg av forretningsdrift.⁴²

Avgjørelsen mot Rød Ungdom gir imidlertid lite støtte for en slik løsning, i hvert fall ikke så langt lovbruddet er begått av foreningens ledelse og dermed fanges av vår forestilling om at medlemmer av ledelsen er, som det ble uttrykt i en engelsk erstatningsavgjørelse,⁴³ ”the directing mind and will of the corporation”.

⁴² Det er grunn til å understreke at også ikke-økonomiske foreninger til en viss grad kan drive aktiviteter som har preg av næringsvirksomhet, jf. *Woxholth* s. 50 flg.

⁴³ *Lennard’s Carrying Co Ltd. v. Asiatic Petroleum Co* [1915] Appeal Cases 713.

Endringspålegg, medverknadssvikt og andre forhold på byggherrens side

Systematikken i kapittel IV i NS 8405 Norsk bygge- og anleggskontrakt

Av professor dr. juris Kåre Lilleholt

1 EMNET

Frå januar 2004 er Norsk Standard (NS) 8405 *Norsk bygge- og anleggskontrakt* dei allmenne standardvilkåra for entrepriseavtalar mellom næringsdrivande. Standarden avløyste NS 3430 *Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider*. I den nye standarden har ein samordna verknadene av endringspålegg frå byggherren, svikt i medverknad frå byggherresida og det som gjerne blir kalla "andre forhold" på byggherrens side. Føresegnene om dette er samla i kapittel IV i standarden. Her er meininga å gje eit oversyn over denne samordninga og å knyte nokre merknader til løysingane. Noka detaljert gjennomgåing av klausulane er det ikkje tale om.

2 KONTRAKTSRETTSLEG PLASSERING

Det er eit særpreg ved entrepriseavtalar og fleire andre tilverknadsavtalar at bestillaren kan krevje *endringar* i høve til det som opphavleg var avtala om yting frå den andre parten.

Bestillarens plikt til å *medverke* til ytinga frå den andre parten er ofte omfattande i entrepriseavtalar og andre tilverknadsavtalar. I NS 8405 kapittel III er det tale om "byggherrens leveranser og medvirkning". Det gjeld dels prosjektering (teikningar m.m.), dels "det fysiske arbeidsunderlaget, herunder andres arbeid på bygget eller anlegget, som entreprenøren skal bygge på" (punkt 19.1 og 19.2). Byggherren skal vidare påvise fastmerke for målingar m.m. (punkt 19.3) og skaffe offentlege løyve (punkt 19.5), og byggherren skal syte for "den tidsmessige koordinering av aktørene i byggesaken" som er nødvendig for entreprenørens yting (punkt 19.6). Byggherren kan også ha teke på seg å levere materialar (punkt 19.4). Det går fram av samanhengen at konsulentar og entreprenørar som ikkje har avtale med entreprenøren (eller med hans kontraktshjelparar), skal reknast som byggherrens kontraktshjelparar i høve til entreprenøren.

Ikkje uventa følgjer det av standarden at endringar kan få følgjer for vederlaget og for entreprenørens oppfyllingstid. Endringa ligg utafor det entreprenøren har teke på seg, og han har ikkje plikt til å utføre endringa utan justering av vederlag og tid. Ein kan velje ein annan synsvinkel og likevel få same resultat: Entreprenøren har rett nok teke på seg å utføre endringsarbeid innafor fastsette rammer, men berre på vilkår av at vederlag og fristar blir justerte.

Noko liknande kan ein seie om svikt i byggherrens medverknad: Entreprenøren har berre teke på seg å yte under føresetnad av at byggherren medverkar som avtala, eller om ein vil, berre under føresetnad av at eventuell svikt i medverknaden fører til justering av vederlag og tilleggsfrist. Tradisjonelt har ein gjerne sett på sviktande medverknad

som *kreditormora*, og ein har framheva som den viktigaste verknaden at sviktande medverknad modifiserer den andre partens (debitors, her entreprenørens) yteplikt. Men ein kan òg sjå sviktande medverknad som *mishald* frå byggherren og entreprenørens krav på grunn av dette mishaldet som *mishaldsverknader*.

Anten ein ser medverknadssvikten som kreditormora eller som eit sjølvstendig mishald av kontraktsplikter, er det lett å godta at svikten kan gje entreprenøren krav på tilleggsfrist og kompensasjon for kostnader. Kanskje er det lettare å koma til at entreprenøren berre har plikt til å yte mot *tilleggsvederlag* dersom ein legg hovudvekta på at medverknadssvikten modifiserer entreprenørens yteplikt, medan det er meir nærliggjande å sjå det slik at entreprenøren skal ha *skadebot* dersom ein legg mishaldssynspunktet til grunn.

Den teoretiske karakteristikken av mishaldssvikten bør sjølvstendig ikkje vera avgjerande for resultatet, og den nye standarden viser at ein ikkje skal leggje så mykje vekt på skiljet mellom kreditormora og sjølvstendig mishald: I standarden er svikt i medverknad omtala med uttrykk frå mishaldslæra (forseinking og mangel), men verknadene passsar godt til eit kreditormorasynspunkt: Entreprenøren skal yte sjølv om medverknaden sviktar, men berre mot tilleggsvederlag og tilleggsfrist etter same reglar som ved *endring*. Ein ser det altså ikkje slik at entreprenøren får eit *skadebotkrav* på grunn av svikt i byggherrens medverknad. Ei anna sak er at tilleggsvederlag og tilleggsfrist ikkje er nok dersom medverknadssvikten er så alvorleg at entreprenøren har krav på å koma ut av kontrakten – anten ein no ser dette som heving eller noko anna. Det skal vi koma tilbake til (4.2 nedafor).

Etter standarden har entreprenøren krav på tilleggsvederlag og tilleggsfrist etter same reglar som ved endring også der auka kostnader eller framdriftshindringar kjem av ”andre forhold som byggherren bærer risikoen for” (punkt 21.1 og fleire andre). Dette uttrykket fortel ikkje i seg sjølv noko om kva slags forhold det er tale om. Det er berre ein karakteristikk av resultatet av ei rettsleg vurdering: Det er byggherren som må bera konsekvensane av den kostnadsauken eller seinkinga som er oppstått. Spørsmålet kan til dømes oppstå dersom byggherrens eigedom byr på uventa vanskelege grunnforhold, dersom offentlege krav skapar vanskar for prosjektet, eller dersom arbeidet viser seg langt vanskelegare å utføre enn partane såg for seg. Det er tale om å fastleggje grensa for kor mykje entreprenøren kan reknast å ha teke på seg til den avtala prisen og med dei avtala fristane – kor store vanskar har han teke på seg å overvinne? Kva som er den beste spørsmålsstillinga når ein skal fastleggje denne grensa, kan diskutera: I Rt. 1999.922 ville eit fleirtal på tre dommarar byggje på føresetnadslæra, og eit mindretal på to dommarar ville byggje på avtalelova § 36. Kjem ein først til at grensa for yteplikta er nådd, skal konsekvensane for vederlag og tid altså vera som ved endringsarbeid, slik standarden er formulert.

Det er opplagt tenleg å sjå medverknadssvikt og ”andre forhold” under eitt. Standardvilkåra sjølve illustrerer at eit skilje ville bli vanskeleg: Det ”fysiske arbeidsunderlaget” skal reknast som leveranse eller medverknad frå byggherren (punkt 19.2), og her er nok grunnforholda medrekna. Men samtidig er det lett å tenkje seg at nettopp uventa vanskelege grunnforhold skal reknast som ”andre forhold” som byggherren må bera konsekvensane av. I og med at verknadene er dei same i begge tilfelle, har ikkje karakteristikken noko å seie.

Reglane om endringspålegg, medverknadssvikt og "andre forhold" på byggherrens side kan ein altså sjå som spørsmål om kva entreprenøren har teke på seg å yte. Men der grensa er nådd, er konsekvensen normalt ikkje at ytinga tek slutt. Tvert om byggjer standarden på at byggherren typisk vil ha arbeidet utført likevel. Derfor er det tilleggsvederlag og tilleggsfrist som er dei vanlege verknadene, ikkje bortfall eller reduksjon av yteplikta. Likskapen med endringspålegg er tydeleg.

Det bør nemnast at det ikkje alltid er slik at konsekvensane av uventa hindringar skal berast *anten* av byggherren *eller* av entreprenøren. I dei såkalla force majeure-tilfella, til dømes der framdrifta blir hindra av ein arbeidskonflikt eller ekstraordinært vêr, får entreprenøren tilleggsfrist, men ikkje tilleggsvederlag (punkt 25.2). Der deler partane på konsekvensane, med andre ord.

Nedafor skal det skisserast korleis standardvilkåra meir konkret regulerer endringar, medverknadssvikt og andre forhold på byggherrens side. Det er endringsreglane som ligg i botnen slik kapittel IV i NS 8405 er bygt opp, og dei får mest plass.

Dei generelle spørsmåla som er omtala ovafor, er analyserte grundig av andre tidlegare. Føremålet her er berre å vise korleis spørsmåla er handterte i NS 8405, ikkje å gjennomføre ein diskusjon i høve til tidlegare framstillingar. Generelt kan det visast til dei omfattande framstillingane i Tore Sandvik: *Entreprenørrisikoen* (Oslo 1966) og Jan Einar Barbo: *Kontraktomlegging i entrepriseforhold* (Oslo 1997). Ein status for synspunktet kreditormora kan ein finne i Viggo Hagstrøm: *Obligasjonsrett* (Oslo 2003) kapittel 23. Tilvisingar til litteratur elles blir avgrensa til det som gjeld NS 8405 direkte.

3 ENDRINGSPÅLEGG

3.1 Retten til å påleggje endringar

Byggherrens rett til påleggje entreprenøren endringar er regulert i NS 8405 punkt 20.1 og 20.2. Generelt er det sagt i punkt 20.1 fjerde ledd at ei endring kan gå ut på at

"entreprenøren skal yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelig avtalte, at ytelsens karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres, eller at avtalte ytelser skal utgå".

Det er trekt opp rammer for byggherrens rett: Endringa må stå i samanheng med det kontrakten omfattar, ikkje vera av ein vesentleg anna art enn det opphavleg avtala arbeidet, og ikkje føre til meir enn 15 prosent netto tillegg til kontraktssummen.

Eit nytt innslag i NS 8405 er ein rett for byggherren til å påleggje endring i form av forsering eller anna omlegging av arbeidet i tilfelle der entreprenøren har krav på lengre frist, eller der det trengst av omsyn til samordninga av utføringa (punkt 20.2). Retten gjeld berre så langt endringa kan skje innafor ramma av forsvarleg framdrift og er praktisk mogleg utan urimelege oppofringar frå entreprenøren.

3.2 Endringspålegget

Pålegget om endring kan setjast fram som formell "endringsordre", men også som instruks frå ein person som skal kontrollere utføringa, eller som del av arbeidsteikning, arbeidsbeskriving e.l. (punkt 20.4 andre ledd).

I Helge Jakob Kolrud mfl.: *NS 8405 Kommentirutgave* (Oslo 2004, heretter *Kolrud*) er det sagt at ein person som skal kontrollere utføringa, kan vera byggherrens byggleiar, men at det også kan vera offentlege kontrollørar (s. 233). At entreprenøren skal følge pålegg frå offentlig styresmakt, synest også vera føresetnaden i punkt 20.5 andre ledd i standarden. Det kan ein stusse over. Utgangspunktet må vera at entreprenøren ikkje har

rett til å gjera anna på byggherrens eige-dom og på byggherrens rekning enn det han får lov til av byggherren. Det offentlege kan forby tiltak på eigedommen, men som hovudregel ikkje påby tiltak (utan ekspropriasjon). Men byggherren kan rimeleg nok binde seg til å godta at entreprenøren følgjer pålegg frå det offentlege, og tanken er kanskje at standardvilkåra nettopp går ut på det.

3.3 Fastlegging av kva som er endringsarbeid

Har byggherren gjeve ein formell endringsordre, er det eit uttrykk for at han meiner pålegget inneber ei endring.

Eit pålegg til entreprenøren i form av instruks, arbeidsteikning eller arbeidsbeskriving e.l. inneber ikkje i seg sjølv noko standpunkt frå byggherren til spørsmålet om dette er ei endring, eller om det er noko som ligg innafor den opphavlege kontakten. I slike tilfelle må entreprenøren seie frå "uten ugrunnet opphold" dersom han vil gjera gjeldande at pålegget inneber ei endring (punkt 20.5). Varselet må setjast fram skriftleg, eventuelt i byggherremøtereferat (punkt 8).

Svarar ikkje byggherren på varselet frå entreprenøren utan ugrunna opphald, blir pålegget rekna som ein endringsordre. Byggherren kan òg velje å gje ein formell endringsordre. Da er partane samde så langt. Vil byggherren gjera gjeldande at pålegget *ikkje* er ein endringsordre, må han gje eit skriftleg og grunngjeve svar på varselet frå entreprenøren (punkt 20.6 første og andre ledd). Da ligg det føre ei usemje mellom partane. Begge partar kan krevje at ein oppmann avgjer spørsmålet (punkt 20.7 første ledd). Dette er ikkje meir enn det som følgjer av klausulane i kapittel IX, men i desse tilfella, der tvisten gjeld om noko skal reknast som endring, har oppmannsavgjerda særlege verknader: Avgjerda skal leggjast til grunn til den eventuelt er fråviken ved avtale eller dom, og avgjerda skal ha verknad som rettskraftig dom dersom det ikkje blir reist sak innan seks månader. Dette siste inneber helst at ein oppfattar standarden som ein skilssdomsavtale i høve til tvistemålslova kapittel 32 på dette punktet.

3.4 Plikta til å følgje omtvista pålegg

I standardvilkåra har ein lagt vekt på at entreprenøren skal følgje pålegget frå byggherren sjølv om det enno ikkje er avgjort om det gjeld ei endring eller ikkje. Synspunktet er at ein heller får ta tvisten om konsekvensane av pålegget etterpå. Men byggherren kan be entreprenøren utsetje arbeidet til ein har avklåra om det er ei endring eller ikkje (punkt 20.6 tredje ledd); byggherren vil kanskje disponere annleis dersom det viser seg at arbeidet fører til tilleggsvederlag og tilleggsfrist.

Det er lite å innvende mot at entreprenøren må følgje også dei omtvista pålegga: Ligg arbeidet innafor den opphavlege kontrakten, har entreprenøren sjølv sagt plikt til å utføre arbeidet, men det har han også dersom det gjeld ei endring, så sant arbeidet ligg innafor yttergrensene for endringspålegg (sjå 3.1 ovafor og 3.5 nedafor).

Det vanskelege spørsmålet knyter seg til betalinga. Gjeld det ei endring, kan entreprenøren fakturere etter kvart som endringa er utført, og er det langvarige endringsarbeid, kan han fakturere månadsvis (punkt 28.2). Men er byggherren usamd i at det gjeld ei endring, vil han som utgangspunkt ikkje honorere desse fakturaene. Etter standarden har entreprenøren plikt til å utføre det omtvista arbeidet også utan å få betalt etter kvart dersom byggherren gjev trygd for betalinga (punkt 20.6 fjerde ledd). Vil byggherren korkje betale eller gje trygd, heiter det noko kryptisk i standarden at entreprenøren "på egen risiko kan innstille utførelsen av det omtvistede endringsarbeidet". I dette ligg det berre

at ei nekting av å utføre arbeidet *ikkje* er mishald dersom det viser seg at entreprenøren hadde rett i at det var ei endring, og byggherren ikkje ville betale eller gje trygd for betaling. Men viser det seg at det var byggherren som hadde rett (det var inga endring), er det mishald dersom entreprenøren nektar å utføre arbeidet på grunn av manglande betaling eller trygd.

3.5 Tvist om dei ytre rammene for retten til endringspålegg

Når det heiter i punkt 20.4 at entreprenøren har plikt til å utføre arbeid som blir pålagt ved endringsordre eller på dei andre nemnde måtane, skal det rimelegvis lesast med den avgrensinga at arbeidet må ligge innafor det byggherren har rett til å påleggje som endringsarbeid (etter punkt 20.1 og 20.2). Det kunne godt ha vore sagt med reine ord. Ein kan merke seg at standarden ikkje har eigne prosedyrar for fastlegging av den ytre ramma for retten til å påleggje endringar. Her må ein bruke dei generelle klausulane om tvisteløysing i punkt 43.

3.6 Vederlagsjustering

Standarden har detaljerte klausular om korleis vederlaget skal justerast på grunn av endringar. Justeringa kan gå opp eller ned; endringa kan gje innsparingar for entreprenøren. Det mest vanlege er at vederlaget aukar på grunn av endringa, og gjeld det mishald eller "andre forhold" på byggherrens side, som skal omtalast lenger nede, blir det berre tale om vederlagsauke, ikkje vederlagsreduksjon. Tilfella med reduksjon av vederlaget blir derfor haldne utafor her.

Hovudregelen er at partane kan krevje den justeringa av vederlaget "som endringen medfører" (punkt 24.1). For vederlagsauke på grunn av endringar er det tre hovudgrupper av tillegg som er aktuelle:

(1) Entreprenøren kan krevje justering for *utføring* som kjem i tillegg til det som er avtala, det vil seie materialar, arbeidstimar, maskinleige m.m. Dette er ikkje sagt direkte i punkt 24, berre indirekte gjennom utrekningsreglane. Kanskje har ein sett denne justeringa som sjølv sagt, men kanskje har det dessutan samanheng med at punkt 24 skal passe også for vederlagsjustering for mishald og andre forhold på byggherrens side.

(2) Entreprenøren kan vidare krevje justering for "kapitalytelser, rigging, drift og nedrigging". Dette er postar som er omtala i NS 3420 *Beskrivelsestekster for bygg, anlegg og installasjoner* del B (jf. Karl Marthinussen: *NS 8405. Kommentirutgave* (Oslo 2004) s. 320–323, heretter *Marthinussen*). Kapitalkostnader er forsikringar, trygdgjeving, avgifter og gebyr. Lånekostnader er derimot neppe omfatta (slik føresetnaden synest vera i *Kolrud* s. 282); det ville innebera at entreprenørens fordeling av finansieringa på eigenkapital og framandkapital vart avgjerande. "Rigg" er eitt av innsideorda i bransjen. Det kan omfatte mykje av det som trengst på ein byggjeplass i tillegg til materialar og verkty, mellom anna slikt som stillas, pause- og kontorbrakker, gjerde og byggjekraner – kanskje òg innlosjering og kjøkenester, om det er ein byggjeplass utanom allfarveg. Ein ser at det kan koste å setje opp riggen og ta han ned att, og at det òg følgjer kostnader med å drive byggjeplassen.

(3) Entreprenøren kan krevje dekt "utgifter og kostnader" på grunn av nedsett produktivitet eller forstyrring på anna arbeid som følgje av endringa. Ein talar ofte om "plunder og heft"; det kan til dømes vera at arbeid må utførast i ei anna rekkjefølgje enn planlagt, at arbeidsfolk må vente på å sleppe til, osv.

Partane skal prøve å få til ein avtale om vederlagsjusteringa (punkt 24.4), men greier dei ikkje det, er fastsetjinga av vederlagsjusteringa nærare regulert i punkt 24.5–24.7. Kan einingsprisane i kontrakten brukast, eventuelt med nødvendig tilpassing, blir det avgjerande (punkt 24.5). Elles må ein falle tilbake på reglane om rekningsarbeid (punkt 24.6), og det vil seie nødvendige kostnader med ”avtalt eller sedvanlig påslag til dekning av indirekte kostnader, risiko og fortjeneste” (punkt 31.1). Det ikkje heilt klårt om entreprenøren kan krevje påslag på kostnadene som følgjer av ”plunder og heft”. I punkt 24.3 er det berre tale om utgifter og kostnader, men tilvisinga til punkt 24.6 omfattar vidaretilvisinga til punkt 31 om rekningsarbeid. I *Marthinussen* er det lagt avgjerande vekt på det første omstendet (s. 328 og 331).

3.7 Tilleggsfrist

Etter punkt 25.1 har entreprenøren krav på tilleggsfrist dersom framdrifta blir hindra på grunn av endringar. Nærare reglar om fastsetjinga av tilleggsfristen finn ein i punkt 25.4. Går ikkje byggherren med på eit krav om tilleggsfrist, kan entreprenøren etter nærare reglar forsere arbeidet, og da får han betalt for forseringa dersom det viser seg at han hadde hatt krav på tilleggsfrist (punkt 25.5).

3.8 Varsling

Det er nemnt ovafor at entreprenøren må varsle utan ugrunna opphald dersom han meiner at eit pålegg inneber ei endring; varslar kan ikkje i tide, kan han ikkje gjera gjeldande at det er ei endring (punkt 25.5 i standarden). Har han varsla, må han vidare utan ugrunna opphald seie frå kva konsekvensar han meiner endringa får for vederlaget. Det same gjeld der han har fått formell endringsordre. Varslar han ikkje i tide om konsekvensane, har han framleis krav på vederlagsjustering, men berre slik justering ”som byggherren måtte forstå at endringen ville føre til” (punkt 23.1).

Entreprenøren må òg varsle dersom han vil ha tilleggsfrist etter eit pålegg som han oppfattar som ei endring, eventuelt etter ein formell endringsordre. Her er regelen strengare enn for tilleggsvederlaget: Entreprenøren mistar kravet på tilleggsfrist om han ikkje varslar i tide, også om det gjeld ein formell endringsordre (punkt 23.2).

4 MEDVERKNADSSVIKT OG ANDRE FORHOLD PÅ BYGGHERRENS SIDE

4.1 Vederlagsjustering og tilleggsfrist

Dersom leveransar eller medverknad frå entreprenøren er ”forsinket eller mangelfulle”, og dette fører til auka kostnader for entreprenøren eller dårlegare framdrift, har entreprenøren krav på tilleggsvederlag og tilleggsfrist. Det same skal gjelde dersom ”det inntreir andre forhold som byggherren bærer risikoen for”. Dette følgjer av NS 8405 punkt 21.1. Det går fram av samanhengen at tilleggsvederlaget og tilleggsfristen skal reknast ut på same måte som ved endringstillegg; medverknadssvikt og ”andre forhold” er nemnde ved sida av endring både i punkt 24.1 og 25.1.

Det er rimeleg å tru at ein sjeldnare kan byggje på einingsprisane i slike tilfelle. Da må ein falle tilbake på føresegnene om rekningsarbeid, det vil seie prinsippet om dekning av nødvendige kostnader med tillegg av vanleg påslag.

Varslingsreglane er stort sett dei same som ved endring: Entreprenøren må seie frå utan ugrunna opphald dersom han vil krevje tilleggsvederlag og tilleggsfrist (punkt 23.3; etter ordlyden gjeld punktet berre medverknadssvikt, men det følgjer av tilvisinga i punkt 2.1.1 at det same gjeld for ”andre forhold”). Kravet fell bort om entreprenøren ikkje varslar i tide.

Det er nemnt ovafor at entreprenøren berre får tilleggsfrist, ikkje tilleggsvederlag i dei såkalla force majeure-tilfella (punkt 25.2). Grensa mellom slike hindringar og hindringar som byggherren fullt ut må bera konsekvensane av, er ikkje alltid lett å trekkje, men det spørsmålet må få liggje her.

4.2 Andre verknader

Vi har sett at både medverknadssvikt og "andre forhold" på byggherrens side kan gje entreprenøren krav på tilleggsvederlag og tilleggsfrist. Spørsmålet er om slike forhold kan ha andre verknader òg.

I tilknytning til byggherrens plikter med omsyn til prosjektering, "det fysiske arbeidsunderlaget" og eventuelle materialar blir det presisert i standarden at byggherren ber "risikoen" for svikt i desse ytingane (punkt 19.1 andre ledd, 19.2 andre ledd 19.4 andre ledd). Formuleringa skal nok innebera at svikten på eitt eller anna vis går ut over byggherren, men ho seier ikkje *korleis* det skjer.

Dersom til dømes svikt i prosjekteringa eller i arbeid frå ein sideentreprenør ikkje blir oppdaga før overtakinga, men likevel fører til at resultatet får avvik frå tiltenkt kvalitet, blir det normalt ikkje tale om mangel. Ein kan seie at svikten *avskjer mangelsverknader*, eller – om ein vil – avskjer at avviket blir rekna som mangel. Det går òg fram av standarden punkt 36.1: Mangel er det berre dersom eit avvik frå tiltenkt kvalitet kjem av forhold som entreprenøren svarar for. Dette inneber òg at "andre forhold" på byggherrens side kan avskjera mangelsverknader, til dømes at endringar i offentlege krav fører til at resultatet blir ulovleg utan at partane kjenner til det før fullføring.

Blir forholdet oppdaga medan det framleis kan gjerast noko med det, kjem reglane om tilleggsvederlag og tilleggsfrist inn.

Ein kan spørje om svikt i ytinga frå byggherren kan gje grunnlag for *heving* etter punkt 39, med andre ord ut frå synspunktet vesentleg mishald. Til dømes kan ein tenkje seg at arbeidet ikkje kjem i gang på lang tid fordi teikningane ikkje blir ferdige, eller at arbeidsgrunnlaget er så dårleg at entreprenørens arbeid ville bli heilt annleis i omfang og karakter.

Klausulen om heving dekkjer utan tvil vesentleg mishald frå byggherren med *betalinga* (andre verknader av betalingsmishald er regulert i punkt 30). Ordlyden er vid nok til å omfatte mishald av medverknadsplikta òg. Ser ein mishaldssvikten som eit sjølvstendig mishald, ikkje berre som kreditormora i tradisjonell tyding, passar det godt med synspunktet heving. I eit hevingsoppgjer kan entreprenøren som hovudregel krevje betaling for utført arbeid, dekning av kostnader og dekning av tapt fortjeneste på den delen av arbeidet som fell bort (punkt 39.5).

Ein kan likevel koma til omtrent same resultatet utan å rekne medverknadssvikten som sjølvstendig mishald. Ein kan i staden sjå det slik at det er grenser for entreprenørens plikt til å legge om ytinga på grunn av byggherrens sviktande medverknad. Her bør ein kunne finne rettleiing i reglane om yttergrensene for plikta til å utføre endringsarbeid. Entreprenøren bør ikkje ha plikt til meir omfattande omlegging av ytinga på grunn av medverknadssvikt enn han har på grunnlag av endringspålegg. Kjem ein utafor denne grensa, har ikkje entreprenøren plikt til å yte meir, og når dette kan førast tilbake til medverknadssvikt, ligg det nær å sjå det slik at resten av arbeidet i realiteten blir avbestilt. Avbestillingsoppgjeret blir stort sett det same som eit hevingsoppgjer:

Entreprenøren kan krevje betaling for utført arbeid og dekning av tapet han lir på grunn av avbestillinga (punkt 38.1 fjerde ledd).

Legg ein vekt på grensa for entreprenørens yteplikt meir enn på mishaldssynspunktet, treng ein heller ikkje skilje mellom medverknadssvikt og "andre forhold" på byggherrens side. Det ville verke uvant å sjå dette som mishald; det er lettare å sjå det som eit spørsmål om grenser for entreprenørens plikt til å leggje om si eiga yting. Stansar arbeidet på grunn av hindringar av force majeure-typen, kan kvar av partane seie opp, og da får entreprenøren berre betalt for det som er utført (punkt 38.2). Det heng godt saman med at partane må dele på konsekvensane av slike hindringar elles òg.

5 SLUTTMERKNAD

Framstillinga ovafor skulle syne at det er eit heldig grep både praktisk og teoretisk når ein i NS 8405 har samordna verknadene av endringspålegg, medverknadssvikt og andre forhold på byggherrens side. Standardvilkåra har inga eksplisitt regulering av yttergrensene for entreprenørens yteplikt der medverknadssvikt og andre forhold på byggherrens side hindrar den opphavleg avtala gjennomføringa, men her bør ein kunne finne rettleiing i reguleringa av grensene for plikta til følgje endringspålegg. Med tanke på den allmenne og meir teoretiske kontraktsretten er reguleringa i standarden eit døme på at ein ikkje treng leggje vekt på eit skilje mellom kreditormora og sjølvstendig mishald.

Idrettsreglement og konkurranserett

Av postdoktor, dr. juris Tore Lunde

1 INNLEIING

Konkurranseretten i EU/EØS femner vidt og aktualiserer problemstillingar innafor ei rad område. Idrett er eitt slikt område, der det stadig dukkar opp nye problemstillingar i spenningsfeltet mellom idrettens regelverk og den allmenne EU/EØS-retten.¹ Eit nytt døme på dette er søksmålet frå *David Meca-Medina* og *Igor Majcen* mot Kommisjonen (heretter *Meca-Medina/Majcen*),² der det mellom anna var gjort gjeldande at antidopingreglementet i Den Internasjonale Olympiske Komité var ei hindring i strid med forbodet mot konkurranseavgrensande samarbeid, jf. EF-traktaten artikkel 81. Retten i første instans (RFI) har i dom 30. september 2004 avgjort at det omtvista antidopingreglementet ikkje fell innanfor området til konkurranseretten, og vidare at antidopingreglementet ikkje er omfatta av EF-traktaten artikkel 49 om fri utveksling av tenester.

Artikkelen fokuserer på nokre spørsmål i skjeringspunktet mellom idrettsreglement og konkurranserett, med basis i avgjerda og dei prinsippa som ligg til grunn for denne.

2 GENERELT OM BRUK AV EF-TRAKTATEN PÅ REGLAR SOM GJELD SPORT. KRAVET TIL ØKONOMISK VERKSEMD

For at idrettsutøving skal kunne vere omfatta av fellesskapsretten, må det etter rettspraksis frå EF-domstolen vere tale om ei økonomisk verksemd, jf. EF-traktaten artikkel 2.³ Kjernen i denne rettspraksisen går ut på at traktaten kan nyttast på reglar innanfor idretten som omhandlar *det økonomiske aspektet* ved idrettsutøvinga, i motsetnad til *reint sportslege reglar*. I tidlegare praksis er dette formulert som reglar som er «... of purely sporting interest and as such has nothing to do with economic activity».⁴ Reglar som omhandlar det økonomiske aspekt i tilstrekkeleg grad til at dei vert omfatta av fellesskapsretten, kan mellom anna vere såkalla overgangsklausular (reglar om betaling

¹ Om idrettens regelverk, sjå m.a. *Gunnar-Martin Kjenner* (red.), *Idrett og juss* (3. utg. Oslo 2004), *Roger Blanpain*, *The Legal Status of Sportsmen and Sportswomen under International, European and Belgian National and Regional Law* (Haag 2003), *Kenneth André Leren*, *Fotballspillerens klubbskifte. Juridiske og sportslige implikasjoner* (Bergen 2002), *Andrew Caiger/Simon Gardiner* (eds.), *Professional Sport in the European Union: Regulation and Re-regulation* (Haag 2000), *Lars Halgreen*, *Sportsret. EU-retlige og kontraktsmessige aspekter ved sportsudøvelse i Danmark* (København 2000), *Stefan Késenne/Claude Jeanrenaud*, (eds.), *Competition policy in professional sports: Europe after the Bosman case* (Neuchâtel 1999), *Anneli Carlsson/Björn Lindquist*, *Artiklar i idrettsjuridik* (Lund 1999) og *Roger Blanpain and Rita Inston*, *The Bosman Case. The End of the Transfer System ?* (Leuven 1996).

² Sak T-313/02.

³ Jf. sak C-36/74 (*Walrave*) avsnitt 4, sak C-13/76 (*Donà*) avsnitt 12, sak C-415/93 (*Bosman*) avsnitt 73, sameinte saker C-51/96 og C-191/97 (*Deliège*) avsnitt 41 og sak C-176/6 (*Lethonen*) avsnitt 32.

⁴ Jf. *Walrave* avsnitt 8.

av overgangsvederlag ved overgang av profesjonelle fotballspelarar mellom klubbar).⁵ Så lenge idrettsutøving har karakter av anten lønna arbeid eller utveksling av tenester mot vederlag, er aktiviteten omfatta av området for anten EF-traktaten artikkel 39 eller 49.⁶

I tidlegare saker som har slått fast prinsippet om at sportsutøvinga må ha karakter av økonomisk verksemd, har det ikkje vore nødvendig for EF-domstolen å ta stilling til om det omtvista sportslege regelverket er omfatta av *konkurransereglane* i traktaten. Det sentrale i desse sakene har vore prinsippa om «fri flyt» av arbeidskraft og tenester, og dessutan ikkje-diskriminering på grunn av nasjonalitet m.m., med tyngdepunkt i EF-traktaten artikkel 39 og 49 (tidlegare artikkel 48 og 59).⁷ I *Meca-Medina/Majcen* kom derimot spørsmålet om konkurransereglane på spissen, jf. nedanfor.

I *Bosman* vart det avgjort at EF-traktaten artikkel 39 [48] er til hinder for at sportsforbund praktiserer reglar om at profesjonelle fotballspelarar som er statsborgarar i ein medlemsstat, ved utløpet av kontraktperioden i ein klubb berre kan tilsetjast i ein annan klubb i ein annan medlemsstat dersom den nye klubben betalar ein overgangssum eller trenings- eller utviklingsgodtgjering til den første klubben (slutninga punkt 1). Det vart òg avgjort at artikkel 39 er til hinder for at sportsforbund praktiserer reglar om at fotballklubbar i offisielle fotballkampar organisert av forbunda berre kan nytte eit avgrensa tal profesjonelle spelarar som er statsborgarar i andre medlemsstatar (slutninga punkt 2).

I *Deliège* vart det avgjort at reglar som krev at ein profesjonell eller halvprofesjonell sportsutøvar (eller som aspirerer til slik status) skal ha løyve frå eller vere blitt teken ut av sitt nasjonale forbund for å kunne delta ei internasjonal sportsturnering, ikkje i seg sjølv utgjer ei hindring for den frie utveksling av tenester i strid med artikkel 49, under føresetnad av at regelen er nødvendig som ledd i organiseringa av ei slik turnering.

3 SAKSFORHOLDET OG ARGUMENTASJONEN I *MECA-MEDINA/MAJCEN*

Dei to saksøklarane i *Meca-Medina/Majcen*, som vart nummer ein og to under verdsmeisterskapen i langdistansesvømming i 1999, testa positivt for det forbodne anabole stoffet nandrolon. I samsvar med antidopingreglementet tok Det Internasjonale Svømmeforbund⁸ den 8. august 1999 avgjerd om å stenge dei to ute frå idretten for ein periode på fire år. Forbundet er underlagt Den Internasjonale Olympiske komité (IOC), og gjennomfører antidopingkodeksen til den olympiske rørsle. Avgjerda vart etter anke stadfesta ved voldgiftsavgjerd av anketribunalet TAS.⁹

I 2000 kom det fram ny vitskap om at nandrolon (metabolittar av nandrolon) kunne produserast endogent av menneskekroppen etter inntak av visse næringsmidlar, utover dei nedre terskelverdiane som var fastsett i antidopingreglementet.

Praksis ved 27 IOC- og FINA-godkjende laboratorier gjekk ut på at nandrolon først vart rekna som doping for mannlege utøvarar med ein konsentrasjon over ein terskelverdi på 2 nanogram (ng) pr. milliliter (ml) urin. Terskelverdiane var meint å ta omsyn til mogeleg

⁵ Jf. *Bosman* avsnitt 114 og 137.

⁶ Jf. *Walrave* avsnitt 5, *Donà* avsnitt 12 og 13, og *Bosman* avsnitt 73.

⁷ Jf. *Bosman* avsnitt 138, *Deliège* avsnitt 36–40 og *Lethonen* avsnitt 28.

⁸ Fédération Internationale de natation («FINA»).

⁹ Tribunal arbitral du sport, Lausanne.

endogen produksjon. Dopingtestane av dei to utøvarane viste høvesvis 9,7 ng/ml, og 3, 9 ng/ml.

Det vart i lys av desse nye vitskaplege funna inngått forlik, der saka på ny vart prøvd for TAS. Ved ny voldgiftsavgjerd 23. mai 2001 reduserte TAS utestenginga til to år. Sak-søklarane nytta ikkje den prosessuelle retten til å anke denne avgjerda vidare inn for den sveitsiske forbundsdomstolen, men klaga i staden saka inn for Kommissjonen. Det vart i klagen gjort gjeldande at voldgiftsavgjerda representerte brot på EF-traktaten artikkel 81 og/eller 82, og at avgjerda ville representere ei tilsidesetjing av den økonomiske fridomen til idrettsutøvarar, interesser som mellom anna er sikra gjennom reglane om fri utveksling av tenester, jf. artikkel 49. Kommissjonen avviste klagen 1. august 2002, med den grunngjevinga at antidopingreglementet fall utanfor området for artikkel 81 og 82.

I søksmålet med krav om å kjenne avgjerda til Kommissjonen ugyldig var det tre hovedargument som vart gjort gjeldande. For det første at Kommissjonen hadde lagt til grunn ei klart urett vurdering ved ikkje å rekne IOC for å vere *verksemd* slik dette vilkåret er tolka i rettspraksis.¹⁰ For det andre vart det gjort gjeldande at Kommissjonen tok feil når det vart lagt til grunn at antidopingreglementet ikkje er ei hindring av konkurransen som uttrykt i artikkel 81. Likeeins vart det hevda å vere feil å legge til grunn at slike restriksjonar er nødvendige for organiseringa og den planmessige gjennomføringa av eit sportsstemne, og at restriksjonane ikkje går utover det som er nødvendig for å forfølge formålet om å kjempe mot doping. For det tredje vart det gjort gjeldande at avgjerda om at det ikkje var haldepunkt for brot på EF-traktaten artikkel 49, var feil.

Kommissjonen gjorde m.a. gjeldande at søksmålet var grunnlaust, fordi det retta seg mot ein sportsleg sanksjon og vitskaplege kriterium som er vedtatt for å få bukt med doping-problemet, av grunnar som «... rent kunstig udledes af konkurranceretten» (avsnitt 32).

4 VURDERINGA AV ANTIDOPINGREGLEMENTET – REGLAR MED ØKONOMISKE ASPEKT, ELLER REINT SPORTSLEGE REGLAR?

RFI fann ikkje grunnlag for nokon av desse tre søksmålsgrunnane. Dei to første argumenta var etter vurderinga i RFI basert på urette oppfatningar om at det omtvista antidopingreglementet var omfatta av området for konkurranseretten. Det tredje argumentet om krenking av prinsippet om fri utveksling av tenester, jf. artikkel 49, vart også forkasta med liknande grunngjeving.

Spørsmålet om idrettsreglement er omfatta av konkurransereglane, vart avgjort med utgangspunkt i ei konstatering av at prinsippa som er utleidde frå rettspraksis om bruk av fellekkapsrettslege reglar om fri rørsle av arbeidskraft og tenester på idrettsreglement, også gjeld på konkurransereglane i traktaten. Frå dette utgangspunktet sluttar RFI *motsetnadsvis* at sidan reint sportslege regelsett, som ikkje har noko med økonomisk verksemd å gjere, fell utanfor området for artikkel 39 og 49, tilseier dette at slike regel-

¹⁰ Denne problemstillinga vart ikkje drøfta nærare av RFI, men det må vere heilt klart at IOC vil kunne vere verksemd slik dette kriteriet er forstått i praksis og teori, jf. nærare *Jens Fejø*, EU-konkurrenceret, 3. utg. (København 2003) s. 60–71. Kommissjonen hadde også gitt uttrykk for at IOC kan reknast for å vere ei verksemd, og at IOC innan den olympiske rørsle kan reknast å vere eit forbund av nasjonale forbund og internasjonale verksemdar, jf. avsnitt 33.

sett heller ikkje har nokon sakleg samanheng med dei *økonomiske* konkurransetilhøva. Følgjeleg kan reglane heller ikkje vere omfatta av området for artikkel 81 og 82.

Mellom desse ytterpunkta kan det, som RFI peikar på, finnast regelsett som rett nok er fastsett innanfor eit spesielt sportsområde, men som likevel ikkje er reint sportslege. Det kan vere regelsett som «... vedrører det økonomiske aspekt, som sportsutøvelse kan have», og som derfor vil vere omfatta av området for både artikkel 39 og 49, og artikkel 81 og 82, og som etter omstenda kan utgjere hindringar for fridomane som er sikra ved desse traktatføresegnene. Til dømes vil reglar om uttaking av sportsutøvarar til idrettskonkurransar vere omfatta, jf. *Deliège*.

Reglar av denne karakter vil likevel i mange tilfelle gå klar av konkurransereglane. For det første vil det vere tvilsamt om slike reglar representerer nokon risiko for å skade samhandelen mellom medlemsstatar, og i alle høve neppe i ein slik grad at kravet til merkbar påverknad av samhandelen er oppfylt.¹¹ At eit sportsforbund prioriterer omsynet til at ei turnering skal vere mest mogeleg representativ, i tydinga deltakarar frå flest mogelege land, framfor omsynet til at sportsutøvarar som objektivt sett er best kvalifisert, skal kunne få delta i konkurransen, må reknast som eit legitimt val, som ikkje representerer nokon merkbar hindring for samhandelen mellom medlemsstatane. Tvert imot kunne det hevdast at dette valet heller styrkar enn svekkar samhandelen, sidan talet på deltakarland aukar. Men dette argumentet har avgrensa vekt, sidan det likevel kan vere ei hindring for samhandelen, trass i at samhandelen aukar, og ikkje minkar.¹²

Dersom ein legg til grunn at idrettsreglement om deltaking i konkurransar *kan* representere ei innskrenking i fridomen, talar likevel føremålssynsmåtar for at slike avgrensingar må reknast å ivareta *legitime og nødvendige føremål*, som har samanheng med det særmerkte med sportsaktivitetar, og som derfor ikkje bør reknast som stridande mot konkurransereglane i fellesskapsretten.

Problemstillingane i saka gjorde det nødvendig å drøfte karakteren av og innhaldet i det omtvista antidopingreglementet, i lys av EF-domstolen sin praksis om bruk av føresegnene i EF-traktaten om økonomiske fridomar på reglar vedrørande sport. Det aktuelle her er særleg reglane om «fri flyt» av arbeidskraft, fri utveksling av tenester, og konkurransereglane. Ei slik hindring kan også vere reint potensiell; samhandelskriteriet krev ikkje at det må påvisast ei *faktisk* hindring.¹³

¹¹ Jf. synsmåtane til generaladvokat *Cosmas* i framlegg til avgjerd i *Deliège* avsnitt 108. Om samhandelskriteriet, sjå nærare m.a. *Olav Kolstad*, Samhandelskriteriet i EØS-avtalens artikkel 53 og 54, Lov og Rett 1996 s. 407–434.

¹² Jf. *Consten og Grundig mot Kommisjonen*, sameinte saker 56 og 58/64, Sml. 1965–1968 s. 245. I sak 56/65, *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm GmbH*, Sml. 1965–1968 s. 211, tolka EF-domstolen kriteriet slik at samhandelen blir påverka når det ligg føre ei konkurranseavgrensing som «kan øve indflydelse på varehandelen mellem medlemsstatene».

¹³ Sjå nærare *Kolstad*, op. cit. s. 424–425.

Dei økonomiske interessene som knyter seg til idrett, der idrett på høgt nivå er blitt ei økonomisk verksemd, kunne tale for ei vid forståing av det økonomiske aspekt.¹⁴ RFI poengterer likevel at kampen mot doping ikkje forfølgjer økonomiske omsyn. Det er dei reint sportslege og ikkje-økonomiske sidene ved dette arbeidet som står sterkast bak slike reglar; omsynet til å bevare sportsånden og å sikre fair play. I tillegg til dette omsynet, som er reint sosialt, har antidopingarbeidet også til føremål å verne helsa til idrettsutøvarar. RFI såg det såleis slik at forboden mot doping, og antidopingreglementet, utelukkande gjeld den ikkje-økonomisk sida av sportsutøvinga, som er sjølv kjernen i utøvinga av idrett. Det vart her understreka at sjølv sportsutøvinga i sin kjerne er ei gratis utøving, som ikkje er økonomisk, også i dei tilfella der idrettsutøveren dyrkar sporten på profesjonelt plan. Etter mitt syn verkar ein slik isolert synsmåte noko pussig, ikkje minst i lys av dei meir realistiske synsmåtane om at sport på høgt nivå i stor grad er blitt økonomisk verksemd og med sterke kapitalinteresser i mange retningar.

Saksøklarane argumenterte forgjeves, etter to argumentasjonslinjer, for at antidopingreglementet ikkje var av *reint sportsleg* karakter. For det første vart det hevda at antidopingreglementet krenka den økonomiske fridomen fordi reglementet hadde *økonomiske konsekvensar* for utøvarane. Dette synspunktet vart avvist som stridande mot EF-domstolens praksis. Dersom ei slik tolking skulle leggjast til grunn, ville skilnaden som er utvikla i rettspraksis mellom reglar med økonomisk aspekt, og reint sportslege reglar, bli nokså utviska. Det ville med ei slik tolking vere nokså lett å påvise ein eller annan økonomisk konsekvens av avgjerder som er fatta på reint sportsleg grunnlag. Reglar om laguttak ville såleis kunne hevdast å ha økonomiske konsekvensar i form av tap av inntekter, bonusar m.m., tap av marknadsverdi, tap av reklameinntekter osv. Sjølv om slike reglar kan vere omfatta, jf. *Deliège*, ville eit slikt tolkingsalternativ i realiteten representere eit nokså markert brot med tidlegare rettspraksis.

For det andre vart dei økonomiske interessene til IOC trekt inn som argument for at antidopingreglane ikkje berre er grunna i altruistiske og helsemessige omsyn, men òg økonomiske. Synspunktet her var at IOC har ei klar interesse av at det økonomiske potensialet i idretten ikkje vert redusert på grunn av dopingskandalar. Ei slik, i og for seg legitim interesse av økonomisk karakter, fann RFI ikkje var tilstrekkeleg i seg sjølv til å endre på reglementet sitt *reint sportslege* karakter. Eit poeng som vart framheva her, er at sjølv om IOC eventuelt har handla utelukkande ut frå sine egne økonomiske interesser, er det likevel grunn til å rekne med at IOC ville ha valt dei terskelverdiar som hadde det beste vitskaplege grunnlag. At IOC har eit sterk økonomisk interesse i å ha det vitskapleg sett mest presise dopingreglementet, medfører altså ikkje at reglementet ikkje er av reint sportsleg karakter.

5 OPPSUMMERING

RFI la altså vesentleg vekt på at antidopingarbeidet og forboden mot doping er grunna i reint sportslege omsyn. Både resultatet og premissane for avgjerda til RFI er i god harmoni med tidlegare praksis og grunnleggande verdiar innan idretten. Sjølv om avgjerda ikkje kan seiast å vere kontroversiell, er ho ei påminning om problemstillingar som vert stadig meir aktuelle, i takt med kommersialiseringa av idretten. Avgjerda er også i god

¹⁴ Sjå nærare m.a. *Lars Halgreen*, Sportsret. EU-retlige og kontraktsmessige aspekter ved sportsudøvelse i Danmark (København 2000) s. 15–20 og s. 154.

harmoni med prinsippa i den sentrale Woutersdommen frå EF-domstolen,¹⁵ som gir grunnlag for å slutte at rimelege reguleringar som er grunna i eit legitimt reguleringsføremål, ikkje kjem i konflikt med artikkel 81 første ledd.¹⁶

Aktuelle regelsett etter den praksis som det er referert til ovanfor, vil til dømes kunne vere sponsorreglar, reglar om draktreklame m.m.¹⁷ Reglar om senderettar er klart av økonomisk karakter, og vil kunne aktualisere konkurranserettslege problemstillingar.¹⁸

Homogenitetsmålsettinga i EØS-retten tilseier at det må leggjast stor vekt på denne rettspraksisen frå EF-domstolen også ved tolkinga av EØS-reglar, medrekna praksis frå tida etter underteikninga av EØS-avtalen¹⁹ Det er etter mitt syn ikkje noko ved særtrekka til EØS-avtalen som skulle tilseie ei innskrenking av homogenitetsmålsettinga på dette området.

¹⁵ Jf. sak C-309/99 (*Wouters*).

¹⁶ Jf. *Richard Whish*, *Competition Law*, 5. utg., (London 2003) s. 124.

¹⁷ Jf. *Geir Woxholth*, *Idrettens Sponsoravtaler* (Oslo 1993) s. 38–41.

¹⁸ Jf. Konkurransetilsynets initiativ overfor m.a. Norges Idrettsforbund, Norges Fotballforbund, Norsk Toppfotball og klubbane i Tippeligaen om konkurranserettslege problemstillingar ved kollektivt sal av TV-rettar, i brev av 25. oktober 2004. Om senderettar, sjå nærare m.a. *Tore Lunde*, *Rettsvern i nordisk rett for idrettsarrangement, konkurransar og liknande hendingar som eignar seg for utsending eller referat gjennom radio eller i TV*, i *Lov og Rett* 2002 s. 103 flg.

¹⁹ Jf. EØS-avtalen artikkel 6 og ODA-avtalen artikkel 3 (1), og nærare *Sejersted* m.fl., *EØS-rett*, 2. utg., Oslo 2004, s. 83–87 og 202–203.

Produktansvar i kjøpsrettslige klær

Kjøpslovens anvendelse på tingsskader forvoldt av skadegjørende egenskaper ved salgstingen; flertallets kursskifte i Rt. 2004 s. 675 "Agurkpinne"

av universitetsstipendiat Amund Bjøranger Tørum

1 OVERSIKT

Et klassisk spørsmål i kjøpsretten er hvorvidt kjøpslovens erstatningsregler kommer til anvendelse på tingsskader forvoldt av skadegjørende egenskaper ved salgstingen¹ Dette var et av spørsmålene i Rt. 2004 s. 675 "Agurkpinne".²

En agurkprodusent hadde kjøpt ubehandlede splittbambuspinner ("agurkpinner") til å støtte opp agurkplanter i den første vekstfasen; prisen for leveransen av agurkpinner var kr 7.137. Agurkpinnene var befestet med aggressiv grønnmuggsopp, og den smittet over på agurkplantene, noe som førte til at store deler agurkproduksjonen ble ødelagt. Gartneriet ble som følge av dette påført betydelige utgifter og tap; kr 10.000 til å undersøke pinnene, kr 990.000 til å bekjempe soppen, og kr 2.400.000 i tapt fortjeneste på agurksalg. Til sammen kr 3.400.000.

Det dreide seg altså om tingsskader forvoldt av en salgsting, og tap som følge av dette; det var ikke tale om skade på salgstingen selv eller rent formuestap. Produktansvarsloven (pal.) kom ikke til anvendelse fordi det var et næringskjøp, jf. pal. § 2-3 nr. 1 b.

Flertallet på tre dommere la til grunn at gartneriets tap var direkte tap som kunne kreves erstattet på grunnlag av kjøpslovens kontrollansvar, jf. kjøpsloven (kjl.) §§ 40 (1) og 67. Mindretallet mente derimot, under henvisning til rettspraksis, at saken falt utenfor området for kjøpslovens erstatningsregler.

Flertallets syn innebærer etter min mening en uheldig utvidelse av kjøpslovens anvendelse på slike tingsskader i forhold til Høyesteretts tidligere praksis. Før jeg går nærmere inn på dette, skal jeg si litt om problemstillingen, spørsmålets betydning, hvordan Høyesterett trakk grensen under kjøpsloven av 1907, og forarbeidene til kjøpsloven av 1988.

¹ Spørsmålet er bl.a. behandlet av *Johs. Andenæs*, Selgerens ansvar for farlige egenskaper ved den leverte gjenstand, Festskrift til Henry Ussing, København 1951; også trykket i Avhandlinger og foredrag, Oslo 1962, *Tore Sandvik*, Ansvar for skadevoldende egenskaper etter norsk rett, TfR 1964 s. 503–545, *Carl Jacob Arnholm*, Privatrekt III – Almindelig Obligasjonsrett, Oslo 1966 s. 275–276 og *Per Augdahl*, Den norske obligasjonsretts almindelige del, Oslo 1978 s. 236. Se også *Hjalmar Karlgren*, Produktansvaret, Stockholm 1971, særlig s. 53–88 og 96–128, *Bernhard Gomard*, Forholdet mellom Erstatningsregler i og utenfor Kontraktsforhold, København 1958 s. 319–336 og *Vibe Ulfbeck*, Erstatningsrettslige grænseområder – Professionsansvar og produktansvar, København 2004 s. 155–158. Se videre *Kai Krüger*, Norsk kjøpsrett, Bergen 1998 s. 477–478 og 492–500, *Kåre Lilleholt*, Om tingsskade og kontrakt, Festskrift til Nils Nygaard, Bergen 2002 s. 174, *Viggo Hagstrøm*, Obligasjonsrett, Oslo 2003 s. 546–549 og *Erling Selvig*, Kjøpsrett til studiebruk, Oslo 2004 s. 283–285.

² For en bredere presentasjon av dommen, se *Lasse Simonsen* i Nytt i Privatrekten, nr. 4, Oslo 2004 s. 1–4.

Spørsmålet om kjøpsloven kommer til anvendelse på skader forvoldt av salgstingen, kan oppstå i flere relasjoner. Man skiller bl.a. mellom personskade, skade på salgstingen selv, skade på gjenstander som salgstingen brukes til fremstilling av, og skade på gjenstander som har nær og direkte sammenheng med bruken av salgstingen.³ Ettersom skadene i Rt. 2004 s. 675 "Agurkpinne" hører hjemme i en av de to sistnevnte kategoriene, vil jeg i det følgende begrense meg til å se litt nærmere på slike skader på kjøpe-rens ting, og om slike skader bør kunne erstattes på grunnlag av kjøpslovens (tilnærmet) objektive kontrollansvar.⁴

Spørsmålet om kjøpsloven kommer til anvendelse på tingsskader forvoldt av salgstingen, trenger ikke nødvendigvis å falle sammen med grensen mellom deliktsansvaret og kontraktsansvaret. – Kjøpslovens erstatningsregler kan overlape deliktsreglene; det kan være et område der både kjøpslovens erstatningsregler og deliktsreglene kommer til anvendelse. Men ettersom ett og samme tap ikke kan kreves erstattet mer enn én gang, vil man i slike tilfeller måtte ta stilling til om den berettigede kan velge hvilket grunnlag han vil bygge erstatningskravet på (kravskonkurrens), eller om deliktsansvaret må vike for kontraktsansvaret (konsumsjon); se nærmere om dette i punkt 4.5.

Spørsmålet om i hvilken utstrekning kjøpsloven kommer til anvendelse på tingsskader forvoldt av skadegjørende egenskaper ved salgstingen, henger nøye sammen med hvordan kjøpslovens erstatningsregler forholder seg til det såkalte produktansvaret. Men begrepet produktansvar brukes helst om de tilfellene der et produkt – som følge av skadegjørende egenskaper – har voldt personskade eller tingsskade i forbrukerforhold, og dette kan kreves erstattet på grunnlag av deliktsreglene,⁵ gjerne på objektivt grunnlag.⁶ Begrunnelsen for slikt produktansvar har særlig vært at produsenten, som kan pulverisere ansvaret i prisen, står nærmere til å bære risikoen for skadegjørende egenskaper ved salgstingen enn den enkelte skadelidte, og at det ofte vil være vanskelig for skadelidte å bevise skyld hos produsenten. Objektivt produktansvaret for såkalte sikkerhetsmangler er nå lovfestet i produktansvarsloven – som i det alt vesentlige bygger på Produktansvarsdirektivet. Men produktansvarsloven omfatter ikke, som nevnt, tingsskader i næringsforhold.

Utenfor produktansvarslovens virkeområde er det derimot stadig usikkert om det gjelder noe særskilt produktansvar i norsk rett;⁷ Rt. 1993 s. 1201 "Lettbetongblokk" gjaldt forbrukerkjøpere.⁸ Men kanskje nettopp fordi det lenge har vært usikkert hvorvidt slikt ansvar kan bygges på det ulovfestede objektive bedriftsansvaret, var spørsmålet om det objektive genusansvaret i kjøpsloven av 1907 omfatter slike tingsskader flere ganger oppe for Høyesterett. Slike krav har, som vi skal se, nærmest karakter av produktansvar i "kjøpsrettslige klær", jf. forbrukerkjøpsloven § 34.

³ Se eksempelvis *Selvig*, op.cit. s. 283–285.

⁴ Spørsmålet om når slike skader kan kreves erstattet på grunnlag av kjøpslovens skyldansvar, jf. kjl. § 40 (3), vil ikke bli nærmere behandlet, men jeg antar at virkeområdet for kjøpslovens ulike erstatningsregler må avgrenses noenlunde likt.

⁵ I fransk rett anses derimot produktansvaret som et kontraktsansvar.

⁶ For en komparativ oversikt, se senest *Ulfbeck* op.cit. s. 141–153.

⁷ Jf. *Simonsen* op.cit. s. 2, 2. spalte.

⁸ Se likevel Rt. 1992 s. 64 (s. 79) "P-Pille II", der det ble uttalt at "Det er etter min mening ikke treffende dersom man spør om det gjaldt et "objektivt produktansvar" før produktansvarsloven av 1988. Det er ikke tvilsomt at produsenter før loven i visse tilfeller var erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag. Problemet var å fastsette rekkevidden for det ulovfestede objektive ansvaret på dette området." Denne dommen gjaldt imidlertid personskade.

Når det gjelder spørsmålets betydning, nøyer jeg meg med å peke på at kjøpslovens (tilnærmet) objektive kontrollansvar bare omfatter såkalte direkte tap, jf. kjl. §§ 40 og 67, og at kjøpslovens reklamasjonsfrister selvsagt gjelder for slike erstatningskrav. Videre at erstatningskrav etter kjøpsloven vil anses som kontraktskrav og ikke som deliktskrav i forhold til foreldelsesreglene, vernetingsreglene og lovvalgsreglene; denne klassifiseringen kan dessuten få betydning for om selgeren er dekket av sin ansvarsforsikring.

2 HØYESTERETTS AVGRENSNING UNDER KJØPSLOVEN AV 1907

I de norske forarbeidene til kjøpsloven av 1907 ble avgrensningen av lovens erstatningsregler holdt mer eller mindre åpen,⁹ og den var omtvistet i teorien.¹⁰ Spørsmålet var imidlertid flere ganger oppe for Høyesterett, og, som vi skal se, tyder forarbeidene til kjøpsloven av 1988 på at disse dommene fortsatt står sentralt.

Det objektive erstatningsansvaret for genusytelser i kjøpsloven av 1907 § 43 (3) omfattet i utgangspunktet alt påregnelig tap som følge av mangel. Hvis man først la til grunn at kjøpsloven av 1907 kom til anvendelse på en tingsskade forvoldt av salgstingen, omfattet derfor ansvaret i § 43 (3) alle påregnelige tap som følge av dette. Det tilnærmet objektive kontrollansvaret for mangler i kjl. § 40 omfatter derimot bare såkalte direkte tap. Hvis man gir kjøpsloven av 1988 anvendelse på en tingsskade forvoldt av skadegjørende egenskaper ved salgstingen, vil derfor kontrollansvaret bare omfatte direkte tap i henhold til kjl. § 67 (2) d. – Tingsskader som anses som indirekte tap etter denne bestemmelsen vil bare kunne kreves erstattet hvis selgeren har utvist skyld, eller det foreligger tilsikring, jf. kjl. § 40 (3).

Denne innsnevringen av det (tilnærmet) objektive selgeransvaret kan ha redusert betydningen av spørsmålet om slike skader kan kreves erstattet på objektivt grunnlag etter kjøpsloven. Det kommer imidlertid an på i hvilken grad slike skader vil bli ansett som direkte tap etter kjl. § 67 (2) d. Spørsmålet om slike skader skal anses som direkte eller indirekte tap – utmålingsspørsmålet – blir imidlertid først aktuelt *hvis* man kommer til at kjøpsloven kommer til anvendelse på den aktuelle skaden (og de andre vilkårene for kontrollansvar er oppfylt). I det følgende vil, som nevnt, bare spørsmålet om kjøpslovens erstatningsregler i det hele tatt gjelder for slike skader bli behandlet.

I Rt. 1937 s. 323 ”Tobakkeskene” synes man uten videre å ha lagt til grunn at man befant seg innenfor det objektive genusansvaret i kjøpsloven (1907) § 43, men bestemmelsen er ikke nevnt. Kjøperen hadde kjøpt parafin til innsetning i pappesker for å gjøre dem lufttette, men fordi parafinen, i strid med avtalen, inneholdt bensin, ble et parti pappesker beheftet med lukt etter at de var blitt innsatt med parafinen, noe som gjorde dem ubrukelige for formålet. Kjøperen fikk både erstattet skaden på eskene og tap i forbindelse med at han gikk glipp av en større eskeleveranse, men man sondret ikke mellom ansvarsgrunnlaget for disse to postene.

I Rt. 1945 s. 388 ”Revefôr”, der noen rever døde som følge av giftig fôr, ble det lagt til grunn at slike skader falt utenfor kjøpsloven og det objektive genusansvaret i § 43. Det ble bl.a. (på s. 389) pekt på at ikke ville være rimelig å ilegge selgeren ansvar for en så uberegnelig skadevirkning, og at det ville være ugjørlig for selgeren å innkalkulere ansvarsrisikoen for slike skader i salgsprisen. Det ble også vist til norsk og dansk teori¹¹

⁹ Se de norske motivene (1904 s. 58). I samme retning Rt. 1945 s. 388, s. 389.

¹⁰ *Almén*, som sto sentralt under utarbeidelsen av de fellesnordiske kjøpslovene, mente at kjøpslovens ansvarsregler også kom til anvendelse på slike skader, se *Tore Almén og Rudolf Eklund*, *Köp och byte af lös egendom*, 4. utg. Stockholm 1960 s. 636–637. *Andenæs* op.cit. og *Sandvik* op.cit. var omtrent på linje med dette.

¹¹ For en oversikt over norsk og dansk teori på denne tiden, se *Andenæs* op.cit.

og svensk rettspraksis. Rt. 1948 s. 121 "Sildefôr" var på linje med dette. Dette er imidlertid ikke den eneste tolkningen av Rt. 1945 s. 388.¹²

Andenæs mente derimot at de særskilte problemene med slikt ansvar, for eksempel faren for et meget betydelig ansvar, kunne løses gjennom adekvanslæren. *Andenæs'* tilnærming kan ses som et tidlig forsøk på – i mangel av særskilte lovregler om objektivt produktansvar – å forankre slikt ansvar i kjøpslovens objektive erstatningsansvar for genusytelser (kjøpsloven (1907) § 43). *Sandvik* tok senere spørsmålet opp til ny drøftelse, og sluttet seg, under henvisning til kjøpslovens forarbeider og rettspraksis, herunder underrettspraksis, til *Andenæs*. Og det til tross for at dette stred med oppfatningene i dansk, svensk og finsk rett,¹³ og dermed hensynet til nordisk rettsenhet.

Andenæs' og *Sandviks* syn må nok imidlertid ses i lys av at det var usikkert om slikt produktansvar kunne bygges på det objektive deliktsansvaret for farlig bedrift, jf. Rt. 1972 s. 1350 "E-vitamin", der dette ble avvist; se nærmere om denne dommen like nedenfor. Det betød at alternativet til å henføre slikt ansvar til kjøpslovens objektive genusansvar kunne være at skadelidte ikke fikk erstatning fordi det ikke kunne bevises skyld,¹⁴ noe som ikke nødvendigvis var et ønsket resultat. – Som vi skal se, var det først i Rt. 1993 s. 1201 "Lettbetongblokk" at det ble uttrykkelig fastslått at slikt ansvar kunne bygges på det ulovfestede objektive bedriftsansvaret, men denne dommen gjaldt, i motsetning til de foregående, et forbrukerkjøp. Etter at *Andenæs* og *Sandvik* skrev dette, falt det imidlertid flere prinsipielle høyesterettsdommer, som bygget på at slikt ansvar som hovedregel falt utenfor kjøpsloven. Senere har vi også fått produktansvarsloven.

Det objektive genusansvaret i kjøpsloven (1907) § 43 kom til anvendelse i Rt. 1972 s. 1350 "E-vitamin", der det hadde oppstått skade på høns som følge av at fôret ikke hadde tilstrekkelig med E-vitaminer. Men skader som følge av at fôr mangler visse næringsstoffer, kan neppe anses som skade voldt av skadegjørende egenskaper ved salgstingen; fôrets vitaminmangel er en regulær kjøpsrettslig mangel – salgstingen mangler egenskaper som den skal ha.¹⁵ I Rt. 1973 s. 1153 "Minkfôr", der mink døde av forgiftet fôr (botulisme), dreide det seg derimot om skader som følge av skadegjørende egenskaper ved fôret. Det ble, under henvisning til Rt. 1945 s. 388, uttrykkelig uttalt at slikt ansvar falt utenfor kjøpsloven,¹⁶ og at det uten særskilt hjemmel heller ikke kunne ilegges slikt objektivt ansvar på deliktsgrunnlag.

Forskjellen mellom Rt. 1972 s. 1350 og Rt. 1973 s. 1153 kan forklares med at fôret i den førstnevnte dommen manglet egenskaper som det *skulle ha* (en tilstrekkelig mengde E-vitamin), og at skaden var en nærliggende og normal følge av dette. Det forelå en

¹² Se *Sandvik* op.cit. s. 515–516, som mener at dommen bare var et utslag av alminnelige adekvansbetraktninger, men han understreket at dommen åpner for flere fortolkninger. *Andenæs* op.cit. er mer nyansert.

¹³ Se *Sandvik* op.cit. s. 505–525, særlig s. 510–519. I dansk og finsk rett ble problemet ifølge *Sandvik* henført til deliktsansvaret; se *Sandvik* op.cit. s. 519; for dansk rett (anno 1958), se også *Gomard* op.cit. s. 177–179, 319–336 og 368.

¹⁴ Se *Sandvik* op.cit. s. 508–509.

¹⁵ Som påpekt av førstvoterende, som var talsmann for flertallet: "Tapspostene er påregnelige og nærliggende følger av manglende vitamininnhold i foret. Det er derfor ikke her tale om så fjerne såkalte konsekvensskader at selgeren etter kjøpsrettens vanlige regler etter kjøpsrettens vanlige regler ikke plikter å erstatte dem."

¹⁶ Det ble enstemmig uttalt at "... spørsmålet om selgerens ansvar for skader som voldes på kjøperens eiendom som følge av salgsgjenstandens skadegjørende egenskaper, ikke reguleres av kjøpsloven, og viser i denne forbindelse til dommen i Rt. 1945 side 388."

kjøpsrettslig mangel ved fôret. I Rt. 1973 s. 1153 hadde derimot fôret helt uforutsette (skadegjørende) egenskaper som det *ikke skulle ha*, noe som ikke kan sies å være en kjøpsrettslig mangel; heller ikke en nærliggende og normal følge av at salgstingen har en mangel.

Disse kriteriene ble videre utviklet i Rt. 1974 s. 269 ”Hydratkalk”. Feil ved en kalkleverage hadde ført til skader i finpussen på en boligblokk, slik at arbeidet måtte gjøres om igjen. Høyesterett la enstemmig til grunn at entreprenørens kostnader med dette var omfattet av det objektive genusansvaret i kjøpsloven (1907) § 43. Det ble uttrykkelig pekt på at saken lå annerledes an enn i Rt. 1973 s. 1153 ”Minkfôr”: ”Tapspostene her er omkostninger med å fjerne den ødelagte puss, rengjøre flatene og påføre ny puss, videre ny maling av flatene og husleietap som følge av forsinkelsen. Dette er *nærliggende og normale følger av at hydratkalken, uten å være egentlig farlig, var mangelfull*. Jeg er enig med lagmannsretten i at skader av denne art omfattes av kjøpslovens § 43, og viser i den forbindelse til ... Rt. 1937 side 323 [min kursivering].”

Høyesteretts praksis gikk altså klart i retning av at skaden bare var omfattet av kjøpsloven – det objektive genusansvaret – hvis den var en følge av at salgstingen manglet egenskaper som den skulle ha, jf. Rt. 1972 s. 1350, eller skaden ”var en nærliggende og normal følge av at salgstingen, uten å være egentlig farlig, var mangelfull”, jf. Rt. 1973 s. 1153 og Rt. 1974 s. 269. Dommer *Bugges* obiter dictum i Rt. 1993 s. 1201 (s. 1207) ”Lettbetongblokk” var på linje med dette:

”Etter mitt syn faller det erstatningsansvar ankemotpartene gjør gjeldende mot Helgeland Betongvarefabrikk, klart utenfor kontraktsansvaret etter kjøpsloven § 43 tredje ledd. Ankemotpartene krever erstattet sine utlegg til hel eller delvis utskiftning av grunnmuren i sine boliger, og kravene ligger for hver av dem i størrelsesordenen det 10-dobbelte av hva lettbetongblokkene i sin tid ble betalt med. Det dreier seg da ikke om ”nærliggende og normale følger” av at lettbetongblokkene var mangelfulle, jf. bemerkningene i hydratkalkdommen i Rt-1974-388. Det er ikke tale om et ansvar som fabrikkens som selger kan anses for å ha påtatt seg som en del av sine kontraktsmessige forpliktelser.”

Hagstrøm sammenfatter disse dommene slik at de ”... kan sies å ha strukket kontraktsansvaret til å omfatte nærliggende og normale følger av at ytelsen har mangler, uten å være egentlig farlig (Rt. 1974 s. 269). Utover dette området har domstolene vært *ytterst tilbakeholdne* med å statuere kontraktsansvar [min kursivering] ...”.¹⁷

Forskjellen mellom dommene der kjøpslovens erstatningsregler kom til anvendelse, og de dommene der de ikke kom til anvendelse, kan også, forklares med at det i de sistnevnte dommene ikke forelå en mangel i kjøpsrettslig forstand. – Det var og er et absolutt vilkår for at kjøpslovens regler om erstatning for mangler skal komme til anvendelse, at skaden skyldes en *mangel i kjøpsrettslig forstand*. Men dette kriteriet – om skaden skyldes en kjøpsrettslig mangel – kan ikke forklare hvorfor dommer Bugge i Rt. 1993 s. 1201 ”Lettbetong” mente at ansvaret falt utenfor kjøpsloven; feilene ved lettbetongblokkene utgjorde utvilsomt en kjøpsrettslig mangel. Det at feilen utgjorde en kjøpsrettslig mangel, var altså ikke tilstrekkelig til å bringe kjøpsloven til anvendelse.

Dette kan kanskje sammenfattes slik at tingsskaden – *i tillegg* til å være en følge av en kjøpsrettslig mangel – må ligge i samme retning som oppfyllelsesinteressen. – Kjøpslo-

¹⁷ Se *Hagstrøm* op.cit. s. 546. I samme retning *Simonsen* op.cit.

ven kommer ikke til anvendelse på tingsskader som følge av at salgstingen har skadegjørende egenskaper som er *atypiske for den aktuelle salgstingen*, og som derfor er upåregnelige på avtaletiden. – Slike skader springer ikke ut av at selgeren har misligholdt sin oppfylleelsesplikt etter kontrakten; kjøpskontrakten mellom selgeren og kjøperen er her bare den ytre foranledningen til skaden.¹⁸

3 FORARBEIDENE TIL KJØPSLOVEN AV 1988

Det framgår forutsetningsvis av utmålingsregelen i kjl. § 67 (2) d at visse tingsskader forårsaket av salgstingen omfattes av kjøpsloven.¹⁹ Et sentralt spørsmål er om kjøpslovsreformen i 1988 var ment å innebære en videreføring av rettspraksis under kjøpsloven av 1907 om *hvilke* tingsskader som omfattes av kjøpslovens erstatningsregler. I odelstingsproposisjonen bemerket departementet at tingsskader forvoldt av salgstingen ofte vil "... være så vidt upåregnelige og ha et slikt omfang i forhold til kjøpet at det er lite hensiktsmessig å bygge ansvaret på misligholdsregler i kjøpsforhold". I fortsettelsen uttales det at:

"Som eksempel kan nevnes et tilfelle hvor det selges fiskeyngel til et oppdrettsanlegg og det seinere viser seg at yngelen lider av en smittsom sykdom. Smitten kan lett spre seg, ikke bare til kjøperens anlegg for øvrig, men også til andre anlegg. Etter departementets mening er det i slike tilfelle rimelig å la erstatningsansvaret bli regulert i det vesentlige av produktansvarsreglene. De skadene det her dreier seg om *er ikke spesielle for kjøpsforholdet og er vanskelige å regulere i kontraktsvilkårene*.²⁰

Det kjøpsrettslige ansvaret for produktskader bør etter departementets mening begrenses i hovedsak til skader på tingen selv og andre ting som står i nær fysisk og funksjonell sammenheng med denne og som har et *omfang som er pårekkelig på avtaletiden* ...

For øvrig er det ikke utelukket at en i praksis vil strekke det kjøpsrettslige ansvaret for visse tingsskader noe lenger enn angitt foran. *Det vil fortsatt være overlatt til rettspraksis*. Men et slikt ansvar vil være et ansvar for indirekte tap som bare vil kunne bygges på culpa fra selgers side, jf utkastet § 67 (2) bokstav (d) [mine kursiveringer].²¹

Departementets uttalelser viser at visse tingsskader som følge av kjøpsrettslige mangler skulle omfattes av kjøpslovens erstatningsregler. Uttalelsene er tydelig inspirert av Høyesteretts tilnærming, særlig Rt. 1974 s. 269, noe som kan tyde på at grensen i utgangspunktet skulle trekkes omtrent på samme måte som før.²² Uttalelsene gir ikke holdepunkter for at virkeområdet for kjøpslovens objektive erstatningsansvar skulle utvides; se særlig det tredje avsnittet. Eksemplet med den smittebærende fiskeyngelen, som ifølge departementet ikke omfattes av kjøpslovens erstatningsregler, taler for at heller ikke tingsskader som følge av smittebærende agurkpinner omfattes av kjøpsloven.

¹⁸ I samme retning *Peter Schlechtriem*, The Borderland of Tort and Contract, Cornell International Law Journal, vol. 21, 1988 s. 473–474, som i forhold til CISG hevder at "... if only property damages were caused ... we are outside the principal domain of interests created by contracts and protected by contractual remedies, and would have entered the field of genuinely extra-contractual remedies."

¹⁹ Det står at "Som indirekte tap reknes: (d) tap som følge av skade på annet enn salgstingen selv og gjenstander som den brukes til framstilling av eller som har nær og direkte sammenheng med dens forutsatte bruk."

²⁰ Kontraktspraksis tyder på at det ikke trenger å være vanskelig å kontraktsregulere hvem som skal ha risikoen for slike skader, se note 45.

²¹ Se Ot. prp. nr. 80 (1986–87) s. 25–26.

²² I samme retning *Hagstrøm* op.cit. s. 547.

I hvert fall hvis smolteksemplet tolkes slik at også skader på kjøperens eget anlegg skal henføres til deliktsreglene. – Smittebærende fiskeyngel er, i motsetning til smittebærende agurkpinner, ikke noe særsyn.

De spesielle motivene tyder også på at det ikke var meningen å korrigere rettspraksis, og de klargjør betydningen av kjl. § 67 (2) d i denne grensdragningen:

”Bestemmelsen regulerer i prinsippet ikke forholdet mellom kjøpsloven og de generelle regler om produktansvar ... *Den gir likevel en viss vegledning om grensen mellom de to regelsettene.* I NU 1984:5 s 359 er det lagt til grunn at visse *mer nærliggende skader av dette slag bør reguleres av de kjøpsrettslige regler*, mens *mer fjerne følgeskader* eventuelt bør reguleres av produktansvarsreglene ... Departementet er enig med arbeidsgruppen i at det er naturlig at visse skader på annet enn salgstingen selv blir regulert av kjøpsloven, men at *hovedregelen* må være at ansvaret for slike skader bygger på alminnelige produktansvarsregler ... Det er etter departementets syn ikke mulig å trekke noen eksakt *grense* mellom de to regelsettene. Om kjøpslovens bestemmelser skal komme til anvendelse, må derfor avgjøres etter en *vurdering av det enkelte tilfelle* ut fra de retningslinjer som er nevnt i avsnitt 3.5.5 ...

De skader som etter bestemmelsen [kjl. § 67 (2) d] medfører direkte tap, er *så vidt nærliggende at de må anses å ligge innenfor* kjøpslovens virkeområde. Bestemmelsen forutsetter også at enkelte mer fjerne skader etter tilhøva vil kunne tenkes å falle inn under kjøpsloven. Dette vil bl a kunne være avtalt mellom partene. Ansvaret for slike skader må likevel i første rekke reguleres av de alminnelige regler om produktansvar. Dette følger et stykke på veg allerede av § 67 (1) andre punktum ... *Området for andre ledd bokstav (d) blir derfor forholdsvis snevert.*”²³

Uttalelsen om at ”De skader som etter bestemmelsen [kjl. § 67 (2) d] medfører direkte tap, er så vidt nærliggende at de må anses å ligge innenfor kjøpslovens virkeområde”, ligger svært tett opp til Rt. 1974 s. 269. I slutten av det første avsnittet sies det uttrykkelig at hovedregelen må være at slikt ansvar faller utenfor kjøpsloven. Usikkerheten knyttet til fortolkningen av kjl. 67 (2) d gjør det imidlertid vanskelig å trekke noen sikre slutninger om hvordan området for kjøpslovens erstatningsregler skulle trekkes i praksis. Men det er lite som tyder på at meningen var å utvide kjøpslovens anvendelse på slike skader i henhold til tidligere rettspraksis.

4 FLERTALLETS KURSSKIFTE I RT. 2004 S. 675 ”AGURKPINNE”

4.1 Oversikt

Så vidt jeg kan se, innebærer flertallets syn et nokså klart kursskifte i forhold til Høyesteretts tidligere praksis.²⁴ – Jeg kan ikke se at ødeleggelsen av agurken og de betydelige tapene som følge av dette – nærmere 500-ganger fakturaverdien – ”... var en nærliggende og normal følge av at salgstingen, uten å være egentlig farlig, var mangelfull”, jf. Rt. 1974 s. 269. Snarere tvert om. Skadene var heller ikke en følge av at salgstingen manglet egenskaper som den skulle ha, jf. Rt. 1972 s. 1350.

Det kan derimot hevdes at skadene var en ”uberegnelig skadefølge” som ikke med rimelighet lar seg innkalkulere i vareprisen, jf. Rt. 1945 s. 388, og som selgeren derfor ikke ”... kan anses for å ha påtatt seg som del av sine kontraktsmessige forpliktelser”, jf. Rt. 1993 s. 1201. Dette synspunktet tar imidlertid ikke høyde for at selgeren kan ha en ansvarsforsik-

²³ Se Ot. prp. nr. 80 (1986–87) s. 125–126.

²⁴ I samme retning *Simonsen* op.cit. s. 2, 1. spalte.

ring som dekker slike skader, og at han i så fall vil ha pulverisert denne risikoen i forsikringspremien.

4.2 Flertallets vektlegging av kjl. § 67 (2) d og rettspraksis

La oss først se hvordan flertallet kom til at ansvaret kunne bygges på kjøpslovens kontrollansvar. Førstvoterende begynte med å fastslå at den omstendighet at agurkpinene var smittet med aggressiv muggsopp var en kjøpsrettslig mangel etter kjl. § 17 (2) a (pkt. 36–37). Det blir imidlertid raskt klart at flertallet avgrenset kjøpslovens anvendelse på slike skader ut i fra kjl. § 67 (2) d. Førstvoterende taler riktignok om ”motsetningsvis § 67 andre ledd bokstav d” (pkt. 41), noe som kunne tyde på at det ikke ble lagt avgjørende vekt på denne bestemmelsen.

I fortsettelsen dreier likevel det meste seg om kjl. § 67 (2) d.²⁵ Skaden subsumeres under bestemmelsens ordlyd, som om lovgiver her *hadde* lovregulert kjøpslovens anvendelse på slike skader (pkt. 42). Det var imidlertid ikke meningen å lovregulere dette; det er vel knapt mulig.²⁶ – I proposisjonen uttales det at ”Bestemmelsen regulerer i prinsippet ikke forholdet mellom kjøpsloven og de generelle regler om produktansvar ... Den gir likevel *en viss vegledning* om grensen mellom de to regelsettene [min kursivering]”; se nærmere om dette like ovenfor.²⁷

Forarbeidene gir derfor neppe grunnlag for å fintolke kjl. § 67 (2) d på dette punktet. Det gjør heller ikke ordlyden i kjl. § 67 (2) d. For det første reiser bestemmelsen til dels betydelige fortolkningsproblemer;²⁸ rettsanvendelsen vil neppe bli enklere og sikrere gjennom å forsøke å trekke grensen på grunnlag av denne bestemmelsen. For det annet er bestemmelsen ufullstendig i forhold til forarbeidene, der det – tydelig inspirert av rettspraksis – bl.a. uttales at ”Det kjøpsrettslige ansvaret for produktskader bør ... begrenses i hovedsak til skader på tingen selv og andre ting som står i nær fysisk og funksjonell sammenheng med denne *og* som har et *omfang* som er *påreknelig på avtaletiden* ... [mine kursiveringer]”. Flertallet går ikke inn på denne forutsetningen om at tingsskaden, for i det hele tatt å være omfattet av kjøpsloven, *også* må ha ”et omfang som er påreknelig på avtaletiden”, jf. dommer Bugges votum i Rt. 1993 s. 1201 ”Lettbetongblokk, der det ikke var tilstrekkelig at det forelå en kjøpsrettslig mangel. Og det til tross for at skadene her beløp seg til nærmere 500-ganger fakturaverdien. Flertallet berører i hvert fall bare utmålingssiden av kravet om påregnelighet – *etter* å ha gitt kjøpsloven anvendelse.

Den norske kjøpsloven bygger, i likhet med den svenske og finske, på CISG, men på dette punktet gir verken hensynet til nordisk rettsenhet eller hensynet til konformitet med CISG noe bidrag til løsningen. – Det er helt på det rene at det ikke er nordisk rettsenhet,²⁹ og det

²⁵ I samme retning *Simonsen* op.cit. s. 2, 1. spalte.

²⁶ Jf. den refererte uttalelsen i forarbeidene om at det ”ikke [er] mulig å trekke noen eksakt grense mellom de to regelsettene”.

²⁷ Flertallet nøyer seg med å vise til de spesielle motivene til kjl. § 67 (2) d, der det bl.a. uttales at ”De skader som etter bestemmelsen medfører direkte tap, er så vidt nærliggende at de må anses å ligge innenfor kjøpslovens virkeområde.” Men da burde det også vært påpekt at denne uttalelsen, som nevnt, ligger tett opp til ”Hydratkalk”, og at man tidligere la opp til en bredere tilnærming til denne grensedragningen.

²⁸ Se særlig *Hagstrøm* op.cit. s. 547–548.

²⁹ Se den svenske kjøpslovens § 67 (1) 2. pkt., der det avgrenses mot skader på annet enn salgstingen selv. Se nærmere om dette hos *Johnny Herre*, Ersättingar i köprätten, Stockholm 1996 s. 422, note 40, *Jan*

er omtvistet i hvilken grad kontrollansvaret i CISG kommer til anvendelse på slike tings-skader.³⁰

Bestemmelsen i avhl. § 7-1 (2) d svarer i stor grad til kjl. § 67 (2) d. I forarbeidene til avhl. § 7-1 (2) d sies det dessuten, under henvisning til forarbeidene til kjl. § 67 (2) d, at bestemmelsen kan gi en viss veiledning når man skal trekke grensen mellom deliktsansvaret og avhendingslovens erstatningsregler.³¹ Hensynet til konsekvente regler kunne derfor tale for å tolke kjl. § 67 (2) d i lys av avhl. § 7-1 (2) d, og omvendt, på dette punktet.³²

Forutsetningen om at kontraktsansvaret kan avgrenses omtrent likt i kjøpsloven og avhendingsloven er imidlertid problematisk. For det første er det ikke gitt at den rettspraksis som ligger til grunn for kjl. § 67 (2) d, som utelukkende gjelder skadegjørende egenskaper ved løsøre, er relevant for skadegjørende egenskaper ved fast eiendom. Den beslektede diskusjonen om såkalt produktansvar har også vært begrenset til løsøre. Produktansvarsloven gjelder bare skadegjørende egenskaper ved løsøre, jf. pal. §§ 2-1 og 1-2, og den eneste dommen som bygger slikt ansvar på det ulovfestede objektive bedriftsansvaret, Rt. 1993 s. 1201, gjaldt også produsentens skadegjørende egenskaper ved løsøre. Begrunnelsen for objektivt produktansvar er lite relevant for selgerens ansvar ved avhendelse av fast eiendom, i hvert fall i forhold til "forbrukerselgeren". – "Forbrukerselgeren" (annenhåndsselgeren) har, i motsetning til entreprenøren ("produsenten" av eiendommen), sterkt begrensede muligheter for å forebygge slike skader og for å pulverisere ansvaret i prisen. Og viktigere; eiendomskjøperen er godt nok beskyttet ved at han gjerne vil kunne holde entreprenøren ansvarlig på deliktsgrunnlag. For det annet vil det etter min mening være urimelig strengt overfor eiendomsselgeren om han skulle være tilnærmet objektivt ansvarlig etter kontrollansvaret for tingsskader forvoldt av eiendommen. – Slike skader vil normalt skyldes forhold på entreprenørens side, og ikke på eiendomsselgerens side.

Vi kan for eksempel tenke oss at en garasje har rast sammen som følge av underdimensjonerte takbjelker, og at kjøperens bil, som sto parkert i garasjen, ble påført betydelige skader. Hvis man her bruker de kriteriene som Høyesterett har utviklet i forhold til avgrensningen av kjøpslovens erstatningsregler, ville trolig skadene på bilen blitt ansett som en del av kontraktsansvaret etter Rt. 1972 s. 1350 og Rt. 1973 s. 1153. – Skadene på garasjen kan ses som en følge av at eiendommen "manglet egenskaper som den skulle ha", nemlig tilstrekkelig dimensjonerte takbjelker i garasjetaket. Det er også mulig at skadene på bilen ville blitt ansett som en del av kontraktsansvaret etter avhl. § 7-1 (2) d, kanskje særlig hvis bestemmelsen på dette punktet tolkes like vidt som flertallet tolket kjl. § 67 (2) d i Rt. 2004 s. 675 "Agurkpinne".

Etter min mening vil det imidlertid være vel strengt overfor eiendomsselgeren å henføre slike skader til avhendingsloven og det tilnærmet objektive kontrollansvaret. Det kan imidlertid hevdes at dette like mye er en innvending mot at avhendingslovens kontrollansvar også gjelder for "forbrukerselgeren" som mot hvordan kontraktsansvaret avgrenses i forar-

Ramberg/Johnny Herre, Köplagen, Stockholm 1995 s. 664 og *Bertil Bengtsson/Harald Ullman*, Det nya produktansvaret, Uppsala 2001 37–39.

³⁰ Spørsmålet er omtvistet til tross for at tingsskader ikke er unntatt fra konvensjonens virkeområde i art. 5, se særlig *Peter Schlechtriem*, The Borderland of Tort and Contract, Cornell International Law Journal, vol. 21, 1988 s. 471–474, med videre henvisninger, *Peter Schlechtriem*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG, München 2000 s. 105–108 og *John Honnold*, Uniform Law For International Sales, Pennsylvania 1999 s. 72–76.

³¹ Jf. Ot. prp. nr. 66 (1990–91) s. 129.

³² Formålet med å skjære den nye kontraktslovgivningen over samme lest som kjøpsloven har bl.a. vært å sikre ensartede og konsekvente regler; det er lovgivers bidrag til en alminnelig kontraktsrett. I dette ligger det også at domstolene bør bestrebe seg på å tolke likelydende bestemmelser i de ulike kontraktslovene mest mulig likt; i så fall vil man kunne oppnå en rasjonaliseringsgevinst ved at en og samme Høyesterettsdom kan kaste lys over fortolkningen av flere kontraktslover. Se nærmere om slike konsekvensbetraktninger i min artikkel Konsekvens i formueretten, JV 2002 s. 314 flg.

beidene til avhendingsloven, og at vilkårene for kontrollansvar ikke trenger å være oppfylt i slike tilfeller.

Flertallet ville ikke legge særlig vekt på rettspraksis etter kjøpsloven av 1907. Begrunnelsen var at "Disse dommene er ... begrunnet med konkrete risikobetraktninger på de områder sakene gjaldt. På denne bakgrunn måtte disse dommene også etter den tidligere kjøpslov ha begrenset generell rekkevidde, jf. Rt-1974-269. De kan under enhver omstendighet ikke være avgjørende for fortolkningen av kjøpsloven av 1988" (pkt. 44).

Denne forståelsen av rettspraksis som utpregede konkrete avgjørelser uten særlig prinsipiell betydning er diskutabel; se nærmere om mindretallets syn på dette like nedenfor. Det utkrystalliserte seg etter hvert flere kriterier, jf. særlig Høyesteretts bruk av disse dommene i Rt. 1974 s. 269,³³ og dommer Bugges særbehandling i Rt. 1993 s. 1201 (s. 1207). Flertallet mente videre at disse dommene "... under enhver omstendighet ikke [kunne] være avgjørende for fortolkningen av kjøpsloven av 1988". Men forarbeidene tyder, som nevnt, på at disse dommene stadig står sentralt, og ordlyden i kjl. § 67 (2) d dels kan være et forsøk på å videreføre denne praksisen.³⁴

Mindretallet mente derimot at et ansvar for slike skader eventuelt måtte bygges på deliktsansvaret, men at selgeren ikke hadde opptrådt uaktsomt, og at det heller ikke var grunnlag for ulovfestet objektivt ansvar.³⁵ Det avgjørende for mindretallet (pkt. 83–86) var at "... det ikke er naturlig eller hensiktsmessig å forankre en skade som denne i kjøpsrettslige ansvarsregler." – Man synes særlig – i tråd med forarbeidene – å ha festet seg ved at det på avtaletiden ikke var tilgjengelig faglig kunnskap om at slike støttepinner kunne være smittebærere av aggressiv muggsopp, og at dette kunne føre til så store tap, jf. kriteriet "uberegnelig skadevirkning" i Rt. 1945 s. 388. Videre at ansvaret på kr 3.400.000 ikke sto i noe rimelig forhold til prisen for agurkpinnene (ca. kr 7.000), og at ansvaret derfor vanskelig kunne innkalkuleres i prisen, jf. Rt. 1945 s. 388 og dommer Bugges særbehandling i Rt. 1993 s. 1201 (s. 1207). Det er imidlertid viktig å merke seg at mindretallet uansett ikke ville gitt medhold i erstatningskravet, fordi de mente at skadene, herunder tapets størrelse, ikke var påregnelig etter kjl. § 67 (1) 2. pkt. (pkt. 86).

4.3 Noen bemerkninger

4.3.1 Mangelsspørsmålet

Flertallet i Rt. 2004 "Agurkpinne" startet (pkt. 36–37) med å fastslå at den omstendighet at agurkpinnene var smittet med aggressiv muggsopp, var en kjøpsrettslig mangel etter kjl. § 17 (2) a. Det er imidlertid ikke opplagt at smitten var en kjøpsrettslig mangel ved agurkpinnene. – Når de egnest seg til å støtte opp agurkplantene og andre grønnsaksplanter i den første vekstfasen, passet de "... for de formål som tilsvarende ting vanligvis brukes til", jf. kjl. § 17 (2) a.

Flertallet hevder derimot at det er en "forutsetning for at pinnene skal kunne brukes til dette formålet, at de ikke er bærere av aggressive sopparter." Ved å nærme seg spørsmå-

³³ Dette var og er oppfatningen i teorien, se eksempelvis *Augdahl* op.cit. s. 236, *Krüger* op.cit. s. 499 og *Hagstrøm* op.cit. s. 546–547 og forutsetningsvis *Selvig* op.cit. s. 285. Slik også NOU 1976:34 (Lov om kjøp) s. 37–38.

³⁴ Jf. *Hagstrøm* op.cit. s. 547.

³⁵ Mindretallet avgrenset uttrykkelig mot produktansvarsloven (pkt. 79), noe som må bety at de med uttrykket "produktansvar" siktet til det deliktsansvaret som hadde utviklet seg for produktskader før produktansvarsloven ble vedtatt; dommens pkt. 84 tyder på at man siktet til det ulovfestede objektive driftsansvaret i Rt. 1993 s. 1201 "Lettbetongblokk".

let på denne måten, kommer man i fare for å avgrense området for kjøpslovens erstatningsregler allerede på grunnlag av kjl. § 17 (2) a. Det er imidlertid ingen holdepunkter for at kjl. § 17 (2) a er relevant for dette spørsmålet. Bestemmelsen egner seg heller ikke for dette formålet; det kan, som nevnt, neppe være tilstrekkelig til å bringe kjøpslovens erstatningsregler til anvendelse, at det foreligger en kjøpsrettslig mangel. Men ut i fra flertallets tolkning vil vel nærmest alltid skadegjørende egenskaper ved salgstingen – selv der de skadegjørende egenskapene er atypiske for den aktuelle salgstingen – utgjøre en mangel etter kjl. § 17 (2) a? Denne forståelsen av kjl. § 17 (2) a og kravet om ”vanlig god vare” avviker fra den alminnelige.³⁶ Ettersom kontrollansvaret i kjl. § 40 er betinget av at det foreligger en kjøpsrettslig mangel etter kjl. kapittel IV, var imidlertid en slik forståelse av kjl. § 17 (2) a nødvendig for at flertallet skulle kunne illegge ansvar på etter det (tilnærmet) objektive kontrollansvaret.³⁷

4.3.2 Bruken av kjl. § 67 (2) d

Det kan, som antydnet, spørres om det er grunnlag for å avgrense virkeområdet for kjøpslovens erstatningsregler utelukkende på grunnlag av kjl. § 67 (2) d, slik flertallet gjorde. Den pedagogiske og retstekniske gevinsten som eventuelt kan oppnås gjennom å forankre grensen i en vag lovtekst – som egentlig bare regulerer grensen mellom direkte og indirekte tap – er neppe stor. Og det er usikkert om disse gevinstene står i et rimelig forhold til omkostningene med å mer eller mindre forkaste de kriteriene som Høyesterett allerede har utviklet. De har fungert bra, og det ligger atskillig med arbeid bak dem, både fra Høyesteretts og teoriens side. De tradisjonelle argumentene mot å fravike såkalte prejudikater kan derfor tale for at man heller burde ha holdt fast ved og videreutviklet de kriteriene som var utviklet i rettspraksis. En mellomløsning kunne være å ta utgangspunkt i kjl. § 67 (2) d, og å tolke bestemmelsen i lys av rettspraksis, slik som forarbeidene synes å legge opp til. I så fall blir spørsmålet hvordan grensen konkret skal trekkes.

4.3.3 Den konkrete avgrensningen

Flertallets kursskifte kommer først klart til syne når man ser hvordan grensen konkret ble trukket. Det er neppe noen særlig tvil om at saksforholdet i Rt. 2004 s. 675 ”Agurkpinne” ligger nærmere Rt. 1945 s. 388 og Rt. 1973 s. 1153, der Høyesterett la til grunn at man var utenfor kjøpslovens erstatningsregler, enn Rt. 1972 s. 1350 og Rt. 1974 s. 269, der kjøpslovens objektive genusansvar kom til anvendelse. – Det at agurkpinner, eller annet gartnerutstyr, kan være bærer av aggressiv muggsopp eller andre former for skadegjørende smitte er en fjernere tanke enn at dyrefor, lagd av bl.a. slakteavfall, kan være forgiftet.

Poenget er at de kriteriene som har utviklet seg i rettspraksis ikke kan forklare hvorfor flertallet her kom til at man var innenfor virkeområdet for kjøpslovens erstatningsregler.³⁸ Problemet er, som antydnet, at flertallets syn heller ikke uten videre kan forklares ut i fra kjl. § 67 (2) d; ordlyden er for vag. Flertallets syn stemmer heller ikke, som nevnt,

³⁶ Se nærmere om den såkalte abstrakte mangelsvurderingen hos *Hagstrøm* op.cit. s. 153–159.

³⁷ En mulig forklaring på dette kan være at flertallet, i likhet med mindretallet, mente at det ikke var grunnlag for ansvar på deliktsgrunnlag, verken culpaansvar eller ansvar på grunnlag av det ulovfestede objektive ansvaret, men at flertallet fant det urimelig at gartneriet ikke skulle kunne kreve erstatning bare fordi det ikke kunne påvises skyld hos saksøkte.

³⁸ Til sammenligning kan rettspraksis forklare Selvigs eksempler på hvilke slike tingsskader som omfattes av kjøpslovens erstatningsregler; se *Selvig* op.cit. s. 284, siste avsnitt.

godt med forarbeidenes eksempel med smittebærende fiskeyngel – som skal falle utenfor kjøpslovens erstatningsregler. Flertallets syn innebærer derfor en utvidelse av kjøpslovens anvendelse på slike tingsskader.³⁹

Flertallets tilnærming gjør det enda vanskeligere å ta stilling til hvilke tingsskader forvoldt av salgstingen som omfattes av kjøpslovens erstatningsregler. Men det *kan* bety at kjøpslovens kontrollansvar også vil komme til anvendelse eksempelvis der mobiltelefonen eksploderer og skader firmabilens dashboard, der en oljelekkasje fra bilen skader gulvet i bilforretningens utstillingslokale, og der en feil ved kjøleanlegget på skipets hovedmaskin utløser brann og brannskader i maskinrommet.⁴⁰ De to siste eksemplene viser samtidig, som påpekt i punkt 2, at området for kjøpslovens erstatningsregler *neppe alene* kan avgrenses ut i fra om det foreligger en kjøpsrettslig mangel eller ikke; oljelekkasjen og feilen ved kjøleanlegget vil ganske sikkert være kjøpsrettslige mangler.

4.4 Trenger vi en slik utvidelse av virkeområdet for kjøpslovens erstatningsregler?

Det kan spørres om vi likevel trenger en slik utvidelse av virkeområdet for kjøpslovens erstatningsregler, og om dette behovet i så fall står i et rimelig forhold til rettsusikkerheten forbundet med omlegning av rettspraksis. En slik utvidelse kan ikke begrunnes i hensynet til forbrukerkjøpere. De er godt nok beskyttet gjennom produktansvarslovens objektive ansvar for sikkerhetsmangler. Men kan det begrunnes i at også andre enn forbrukerkjøpere bør kunne fremme slike krav på tilnærmet objektivt grunnlag – etter kontrollansvaret? Næringskjøpere kan jo ikke gjøre gjeldende produktansvarsloven, jf. pal. § 2-3 (1) b. For skadelidte kan det være en stor fordel å slippe å bevise skyld hos selgeren, særlig i teknisk kompliserte saker.

Jeg kan likevel ikke se at slike kjøpere, typisk næringsdrivende, trenger slik særskilt beskyttelse.⁴¹ Skyldansvaret gir nok stort sett god nok beskyttelse. Kontrollansvaret omfatter dessuten bare direkte tap, noe som betyr at det uansett ikke dekker indirekte tap som følge av tingsskaden, for eksempel tapt fortjeneste etc. Og da spørres det om næringskjøperen vil få noen særlig glede av kontrollansvaret i slike tilfeller, men det kommer an på hvilke tap som vil bli ansett som indirekte etter kjl. § 67 – et vanskelig spørsmål⁴².

En annen sak er at ansvar for slike skader i visse tilfeller trolig kan bygges på det ulovfestede objektive bedriftsansvaret,⁴³ jf. Rt. 1993 s. 1201 ”Lettbetongblokk”,⁴⁴ som

³⁹ Slik også *Simonsen* op.cit. s. 2, 1. spalte.

⁴⁰ Det sistnevnte eksemplet er beslektet med Rt. 1991 s. 719 ”Mjellem & Karlsen”, der det rett etter levering av et nybygd fiskefartøy oppsto brann i maskinrommet som følge av at et manometer på et oljerør hadde brukket, noe som resulterte i oljelekkasjer og påfølgende eksplosjon. Verftets anførsel om at skadene var omfattet av ansvarsfraskrivelsen i skipsbyggingskontrakten SKIP 1981 – følgeskadeansvar for annet enn en ”direkte og umiddelbar” følge av mangelen – førte ikke fram. Klausulens utforming er beslektet med formuleringene i kjl. § 67 (2) d.

⁴¹ I samme retning *Krüger* op.cit. s. 498–499.

⁴² Se særlig henvisningen til *Herre* i note 57.

⁴³ Et slikt ansvar vil neppe uten videre være i strid med Produktansvarsdirektivet fordi vi her er utenfor dets virkeområde. I samme retning *Are Stenvik*, Produktansvar for tobakksskader – en kommentar til Høyesteretts dom 31. oktober 2003 ”røykedommen”, LoR 2004 s. 202–203.

riktignok gjaldt forbrukerkjøp. Og skulle kjøperen finne det påkrevd med et slikt objektivt ansvar for selgeren, kan han eventuelt forsøke å få det kontraktsfestet, men i praksis ser man gjerne at selgeren forsøker å fraskrive seg slikt ansvar.⁴⁵

En omlegning av rettspraksis vil gjøre det vanskeligere å ta stilling til hvilke tingsskader som omfattes av kjøpslovens erstatningsregler. En slik rettsusikkerhet vil bl.a. være problematisk i forhold til foreldelsesreglene. Den vil gjøre det (enda) vanskeligere for kjøperen å ta stilling til om han skal kreve erstattet slike tap på grunnlag av kjøpslovens erstatningsregler eller på deliktsgrunnlag. – For å være på den sikre siden bør han sørge for å holde seg både innenfor fristen for kontraktskrav og deliktskrav, jf. foreldelsesloven §§ 3, 9 og 10, men en slik ”gardering” vil kunne vidløftiggjøre søksmålet. Som vi skal se i neste avsnitt, løser ikke flertallets votum konkurrensproblemet som det foranlediger, noe som forsterker rettsusikkerheten.

4.5 Flertallets kursskifte forsterker konkurrensproblemet

Flertallets utvidelse av virkeområdet for kjøpslovens erstatningsregler i Rt. 2004 s. 675 ”Agurkpinne” øker sjansen for at kjøpslovens erstatningsregler kan overlappe deliktsansvaret. Dette aktualiserer spørsmålet om den berettigede i så fall kan velge hvilket grunnlag han vil bygge erstatningskravet på (kravskonkurrens), eller om deliktsansvaret må vike for kontraktsansvaret (konsumsjon). Verken flertallet eller mindretallet var inne på dette.

Dette konkurrensspørsmålet synes heller ikke å ha vært framme i Høyesteretts praksis under kjøpsloven av 1907. Dette kan skyldes at man i stor grad synes å ha sett spørsmålet om kjøpslovens erstatningsregler kom til anvendelse på slike tingsskader som et spørsmål om grensen mellom deliktsansvaret og kontraktsansvaret. – Man så det slik at det *enten* var et spørsmål om deliktsansvar *eller* kontraktsansvar; man synes ikke å ha sett for seg muligheten for at disse to regelsettene delvis kunne overlappe. Dette synes i stor grad også å ha vært departementets forutsetning i forarbeidene til kjøpsloven; se ovenfor i punkt 3. Og det helst med rette, ettersom det før produktansvarsloven og Rt. 1993 s. 1201 ”Lettbetong-blokk” var høyst usikkert om det kunne fremmes slike erstatningskrav på grunnlag av det ulovfestede objektive bedriftsansvaret. Det er likevel ikke til å komme forbi at denne prob-

⁴⁴ De tradisjonelle vilkårene for ulovfestet objektivt bedriftsansvar – at skaden er utslag av en stadig, typisk og ekstraordinær risiko ved virksomheten – passer imidlertid ikke særlig godt i forhold til slike skader. I ”Agurkpinne-dommen” var eksempelvis skadene utslag av en helt atypisk egenskap ved salgstingen; smitten var på ingen måte en ”stadig, typisk og ekstraordinær risiko” ved virksomheten til leverandøren av agurkpinner.

⁴⁵ Spørsmålet er ikke regulert i NS 3409. I NL 92/NL 02 pkt. 36 og NLM 94 pkt. 67 er det derimot bestemt at selgeren, med mindre han har utvist grov uaktsomhet, ikke har ”... ansvar for skade voldt av materiellet: a) på fast eiendom eller løsøre dersom skaden inntreffer mens materiellet er i kjøperens besittelse, b) på produkter fremstilt av kjøperen eller på produkter der kjøperens produkter inngår, eller for skade på fast eiendom eller løsøre som disse produkter som følge av materiellet forårsaker.” Begrunnelsen for denne ansvarsfraskrivelsen er at det først og fremst er kjøperen som kan forebygge eller avverge slike skader. Denne ansvarsfraskrivelsen fra selgerens side er dessuten kombinert med en klausul om skadesløsholdelse: ”Kjøperen skal holde selgeren skadesløs i den utstrekning selgeren pålegges ansvar overfor tredjemann for slik skade og tap som selgeren overfor kjøperen etter annet og tredje avsnitt ikke svarer for.” Se nærmere om dette hos *Helge Jakob Kolrud m.fl.*, Kommentarer til NLM 94, Oslo 1996 s. 193–201 og *Ulfbeck* op.cit. s. 176–178. I NF 92 og NTK 2000 er ordningen at tapet skal forbli der det rammer (knock-for -knock), og at partene skal forsikre seg mot denne risikoen, se *Knut Kaasen*, Kommentarer til NF 92, Oslo 1994 s. 653 flg., særlig oversikten på s. 653–663.

lematikken har vært lite påaktet i norsk rett og rettsvitenskap,⁴⁶ i motsetning til i mange andre lands rett.⁴⁷

Men dette endret seg ved produktansvarslovens inntog i norsk rett.⁴⁸ I forarbeidene til produktansvarsloven forutsettes det at det kan være et område som både dekkes av kjøpslovens ansvarsregler og deliktsreglene,⁴⁹ og at den berettigede i så fall kan velge hvilket regelsett han vil påberope seg.⁵⁰ Kjøpslovens forarbeider er på linje med dette.⁵¹ Spørsmålet vil kunne være aktuelt hvis den kjøpsrettslige mangelen samtidig utgjør en sikkerhetsmangel, jf. pal. § 2-1, eller omvendt.⁵²

Spørsmålet var derimot framme i Rt. 1993 s. 1201 "Lettbetongblokk".⁵³ I forhold til konkurransproblemet uttalte førstvoterende, på vegne av flertallet på fire dommere, at:

"Jeg finner for min del ikke grunn til, i betraktning av at kjøpsloven av 1907 nå er opphevet, å gå nærmere inn på spørsmålet om hvor langt ansvaret etter § 43 tredje ledd rekker når det gjelder følgeskader av at en vare er mangelfull. Jeg nevner imidlertid at *produktansvarslovens forarbeider forutsetter* at man kan ha et område som både dekkes av de kjøpsrettslige regler og reglene om erstatning utenfor kontraktsforhold, og at *den berettigede i slike tilfeller kan velge* hvilket regelsett han vil påberope seg ... *Uansett hvordan det generelt måtte være med dette*, mener jeg at betongvarefabrikken i dette tilfelle må finne seg i at det gjøres ansvar gjeldende mot den som produsent av de omhandlede lettbetongblokker etter reglene om erstatningsansvar utenfor kontraktsforhold. Det forhold at betongvarefabrikken også er selger av blokkene direkte til forbruker, kan ikke føre til at de skadelidtes rettigheter blir mindre enn de ellers hadde blitt. Ankemotpartene kan således *ikke på grunn av forholdet til kjøpslovens regler* [særlig reklamasjonsfristen] være avskåret fra å fremme sine krav [mine kursiveringer]."⁵⁴

⁴⁶ Se oversikten hos *Lilleholt* op.cit. s. 172. En mulig forklaring kan være at det hersket stor usikkerhet om slikt produktansvar kunne bygges på det ulovfestede objektive bedriftsansvaret, og at det derfor var vanskelig å ha en formening om den eventuelle rekkevidden av et slikt produktansvar – om det kunne overlappe kjl. § 43.

⁴⁷ Se særlig *Schlechtriem*, *Vertragsordnung und ausservertragliche Haftung*, Frankfurt am Main 1972.

⁴⁸ Allerede før den tid var dessuten spørsmålet så vidt framme i teorien, se særlig *Sandvik* op.cit. s. 507.

⁴⁹ Ettersom kjøpslovens ansvarsregler ikke omfatter personskader, må det ha vært siktet til tingsskader; produktansvarsloven hjemler ikke erstatning av rene formuestap – tapet må være relatert til en produkt-skade.

⁵⁰ Jf. NOU 1980:29 s. 109, Ot. prp. nr. 80 (1986–87) s. 26 og Ot. prp. nr. 48 (1987–88) s. 65.

⁵¹ Se Ot. prp. nr. 80 (1986–87) s. 26.

⁵² Se nærmere om dette hos *Krüger* op.cit. og *Ulfbeck* op.cit. s. 155–156.

⁵³ Lettbetongblokker brukt i grunnmurer hadde her smuldret opp pga. for høyt svovelinhold, noe som førte til at de måtte skiftes ut; de ville ellers ha utgjort en sikkerhetsrisiko. Huseierne, som hadde kjøpt lettbetongblokkene direkte fra produsenten, krevde at han erstattet deres tap forbundet med dette. Høyesterett la enstemmig til grunn at produsenten var ansvarlig etter det ulovfestede objektive bedriftsansvaret. Resultatet ble dessuten begrunnet med at produsenten *ville* ha vært ansvarlig etter produktansvarsloven, og det til tross for at loven ikke kom til anvendelse fordi saken gjaldt forhold før lovens ikrafttredelse. Denne bruken av produktansvarsloven står etter min mening i et tvilsomt forhold til grunnlovens forbud mot at lover ikke skal gis tilbakevirkende kraft, jf. Grl. § 97.

⁵⁴ Mindretallet ved dommer *Bugge* mente derimot at det ikke var noe konkurransproblem – at skaden uansett bare kunne kreves erstattet på deliktsgrunnlag: "Jeg ser det slik at det i saken alene er spørsmål om betongvarefabrikken skal pålegges et objektivt produktansvar – et ansvar som står på egne ben og har sin egen begrunnelse, uavhengig av selgeransvaret etter kjøpsloven. Det står derfor ikke for meg som relevant når førstvoterende uttaler at ankemotpartene ikke på grunn av forholdet til kjøpslovens regler – det vil si preskripsjonsbestemmelsen i tidligere kjøpslov § 54 – kan være avskåret fra å gjøre ansvar gjel-

Som det framgår, ville ikke flertallet, forståelig nok, ta noe generelt standpunkt til konkurrensspørsmålet. Begrunnelsen for at (forbruker)kjøperne her kunne velge hvilket grunnlag de ville bygge erstatningskravet på favner likevel nokså vidt. – Det ble pekt på at de ikke burde stilles dårligere enn de som ikke står i et kontraktsforhold til produsenten, og som derfor ikke trenger å respektere kjøpslovens reklamasjonsfrister. Dette kan nok ha en del for seg i forhold til *forbrukerkjøpere*, og forarbeidsuttalelsene omhandler da også bare disse tilfellene; tingsskader i næringsforhold faller utenfor produktansvarsloven.

Men hvordan skal problemet løses i *næringskjøp*? Problemstillingen er, som antydnet, særlig aktuell i relasjon til flertallets vide anvendelse av kjøpslovens erstatningsregler i Rt. 2004 s. 675 ”Agurkpinne”. Utgangspunktet om konkurrens i forarbeidene til produktansvarsloven, forarbeidene til kjøpsloven og Rt. 1993 s. 1201 er ikke uten videre relevant i næringskjøp. – Disse uttalelsene gjelder bare forholdet til produktansvarsloven, og det er neppe noe særskilt behov for å beskytte næringskjøpere overfor næringsselgere i form av en slik valgett.

Hvis kjøperen og selgeren har regulert ansvaret for slike tingsskader i kjøpsavtalen, selgeren har for eksempel fraskrevet⁵⁵ seg eller begrenset ansvaret for slike skader, må utgangspunktet klart nok være at kjøperen ikke kan ”komme seg rundt” slike klausuler gjennom å fremme et deliktskrav. – Deliktsansvaret må her stå tilbake for kontraktsansvaret; ellers vil kontrakten, eventuelt standardkontrakten – i strid med partenes intensjoner – bli illusorisk; arbeidet med å fremforhandle og utforme de aktuelle klausulene ville også være bortkastet.

Men hva med de tilfellene der partene ikke uttrykkelig har kontraktsregulert selgerens ansvar for slike tingsskader? Man kan ikke her uten videre se det slik at partene har ment å overlate spørsmålet til bakgrunnsreglene i kjøpsloven. Det er sjelden grunnlag for å si noe om hva partene har ment ut i fra hva som ikke er regulert i kontrakten – det skyldes ofte noe så enkelt som at partene ikke har tenkt på spørsmålet. Men hvis man først legger til grunn at kjøpsloven kommer til anvendelse på den aktuelle tingsskaden, er det vanskelig å se noen grunn til at kjøperen skal kunne ”komme seg rundt” kjøpslovens reklamasjonsfrister og kontrollansvarets begrensning til direkte tap gjennom å fremme kravet som et deliktskrav? Bør ikke da selgeren kunne innrette seg etter kjøpslovens eller kontraktens reklamasjonsfrist?

På den annen side er neppe kjøpslovens regler bedre egnet til å regulere ansvaret for tingsskader enn deliktsreglene – slike skader hører, sammen med personskadene, til deliktsreglenes kjerneområde. Det kan imidlertid ligge en retts teknisk og prosessøkonomisk gevinst i å la kjøpslovens erstatningsregler konsumere deliktsreglene i slike tilfeller. Kjøpslovens kontrollansvar er, i hvert fall hvis man ser bort i fra den kompliserte grensen mellom direkte og indirekte tap i kjl. § 67,⁵⁶ skarpere i kantene og lettere å an-

dende mot betongfabrikken. Jeg har for min del *vanskelig for å forstå den forutsetning som uttales i forarbeidene til produktansvarsloven, om at man har et ansvarsområde som dekkes både av de kjøpsrettslige regler og reglene om produsentansvar utenfor kontraktsforhold*, slik at det for en skadelidt vil kunne være en aktuell problemstilling å velge hvilket grunnlag han vil bygge sitt krav på [min kursivering].”

⁵⁵ Dette er, som nevnt i note 46, utgangspunktet i NL 02.

⁵⁶ Se særlig kritikken hos *Herre* op.cit. s. 703–704.

vende enn det skjønnsbetonte ulovfestede objektive bedriftsansvaret.⁵⁷ Ved at kjøperen i så fall ikke vil prosedere på det ulovfestede objektive bedriftsansvaret, vil man dessuten kunne unngå den vidløftiggjøringen av saken som dette kunne ha medført. Problemet er at en konsumsjonsregel i seg selv vil kunne virke kompliserende. Den vil kunne tvinge partene og retten til å ta stilling til *om* de to regelsettene overlapper hverandre i den aktuelle saken; først deretter kan kjøpslovens kontrollansvar gis forrang. Det enkleste vil være å unngå at disse to regelsettene overlapper hverandre, eller å begrense området der de overlapper. Flertallets tilnærming i Rt. 2004 s. 675 "Agurkpinne" – som utvider og kompliserer kjøpslovens anvendelse på tingsskader – forsterker derimot dette problemet.

4.6 Sammenfatning

Flertallets tilnærming i Rt. 2004 s. 675 "Agurkpinne" bryter – uten noen rettspolitisk begrunnelse – med tidligere høyesterettspraksis, den bygger på en diskutabel forståelse av kjøpslovens mangelsbegrep, og den forsterker konkurransproblemet. Dommen skaper etter min mening enda større rettsusikkerhet om avgrensningen av virkeområdet for kjøpslovens erstatningsregler. Flertallets syn har dessuten knappest mulig flertall, og det bygger på en diskutabel forståelse av forarbeidene og tidligere praksis. Gode grunner taler derfor for at flertallets syn på dette punktet ikke bør følges opp i senere praksis. Vi bør heller holde fast ved og videreutvikle de avgrensningskriteriene som allerede er utviklet i Høyesteretts praksis. Den enkleste og beste løsningen ville nok imidlertid være å avgrense kjøpsloven mot andre enn tingsskader enn skade på salgstingen selv, jf. svensk⁵⁸ og dansk⁵⁹ rett. I den svenske kjøpslovens § 67 (1) 2. pkt. står det ganske enkelt at "Skadestånd enligt denna lag omfattar dock inte ersättning för förlust som köparen tillfogas genom skada på annat än den sålda varan." Andre skader enn på salgstingen selv henføres til deliktsreglene.

⁵⁷ Slik også *Simonsen* op.cit. s. 2, 2. spalte.

⁵⁸ Se *Bengtsson/Ullman* op.cit.

⁵⁹ Se *Ulfbeck* op.cit. s. 157, med videre henvisninger i note 333.

Den dogmatiske og den kliniske rettsvitenskap

Av professor em. Edvard Vogt

1 **LEGEVITENSKAPEN SOM ET FORBILLEDE FOR JUSEN**

Det eksisterer betydningsfulle analogier mellom det rådende tekst-fokuserte, dogmatiske paradigma i rettsvitenskapen og det paradigma som rådet i medisinen *før* legevitenskapens ”kopernikanske” revolusjon under renessansen. Det som den gang skjedde var at virkeligheten, empirien, ble brakt inn i den teoretiske, akademiske legevitenskap på en ny og effektiv måte. Et av de avgjørende skritt ble tatt ved legaliseringen av viviseksjon.

Fra å være en fortolkningsvitenskap bygget på skriftene til Aristoteles og på datidens andre autoritative tekster, ble medisinen nå en profesjon bygget på en erfaringsvitenskap i verdiers tjeneste. Den tidligere før-vitenskapelige kliniske medisin ble flyttet fra bartskjærenes og de kloke koners stuer inn i universitetene. Den praktiske, helbredende legeskunst ble integrert i en vitenskapelig medisinsk vitenskap. Den inngikk et fruktbart, institusjonalisert ekteskapelig samliv med den boklige, platoniske akademiske medisin.¹ I stedet for oldtidens dogmatisk-fundamentalistisk medisin fikk vi en empirisk, generaliserende, hypotetisk-deduktiv medisinsk vitenskap.

Paradigmer er ikke skildringer av virkeligheten. De er idealtyper. I Max Webers utvikling av den idealtypiske metode stilles paradigmene opp som polare motsetninger. Virkeligheten befinner seg i spektrumet mellom slike abstrakte ytterligheter. De empiriske forskjeller mellom typenes representasjoner representerer forskjellige konsentrasjoner av elementene. *In medio stat virtus*, – også her. Selv et dårlig paradigma og en dårlig metode kan gi gode resultater når de anvendes forsiktig av kloke og erfarne mennesker.

Det vesentlige for vitenskapens utvikling er at den beveger seg i den riktige retning frem mot et bedre paradigma og derved frem mot en bedre jus. Kriteriet for legevitenskapens utvikling er at den mer effektivt skaper *helse* der hvor sykdom råder. Kriteriet for den juridiske vitenskaps utvikling er at den gjør sin profesjon bedre i stand til å skape *rettferdighet* der hvor makten har hersket eneveldig og vilkårlig. Den gjør det mulig for juristene å yte bedre tjenester for dem som er fratatt gyldige rettigheter. Mest mulig urett skal bli unngått.

Til forskjell fra de empiriske vitenskaper skal de ”liberale” profesjoner medisin og jus skape noe nytt. Det å skape er etter den klassiske definisjon det å forvandle en ubekvem

¹ En av mine egne forfedre, min farfars farmors farfars morfar Johannes Buchwald, benyttet seg av den nye karrierevei. Han begynte som bartskjær og avanserte til professor og rektor ved Universitetet i København. At pasientorientering ikke alltid er tilstrekkelig fremgår av Holbergs karikatur av professor Buchwald i en legefigur i Peder Paars som tillegges ordene: ”Han døde ganske visst, men feberen ham forlod.”

materie til en verdi. De kliniske vitenskaper skal omskape sykdomstilfeller og situasjoner preget av juridiske overgrep, til nye situasjoner preget av menneskelige verdier.

2 DET KLINISKE PARADIGMA I MEDISINEN

Rent etymologiske er "klinisk" avledet av det greske ord for seng og betegner derved det som foregår ved sykesengen, hvor et menneske er "deklinert". Det dreier seg om en pasient-orientert anvendelse og realistisk videreutvikling av vitenskapelig kunnskap. Formålet med den kliniske legekunst er ikke bare en rent teoretisk utvikling. Det dreier seg om et nytt perspektiv hvor behandlingens gyldighet ikke lenger måles med tekstkonformitetens standard. Formålet er blitt etisk, mellom-menneskelig, en effektivt helbredende, profesjonell terapeutisk behandling av medmennesker. Det vitenskapelige vurderingskriteriet, teoriens verifikasjon, blir at den teoretisk baserte behandlingen helbreder mennesker og lindrer deres smerter.

En medisinsk professor som mangler klinisk utdanning og erfaring er i dag utenkelig. Både de medisinske professorene og de vanlige leger har som sin profesjonelle plikt å kombinere det akademiske og det helbredende. Begge grupper må være i stand til å registrere at virkeligheten avviker fra de etablerte teorier. Professoren har i tillegg den særlige plikt å forfølge disse "funn" forskningsmessig og til å publisere resultatene på måter som fremmer en bedre klinisk praksis og tjener samfunnsmedisinske tiltak.

Et paradigma er en idealtipe. Dette betyr selvsagt ikke at den medisinske virkelighet blir tilsvarende ideell. Også de medisinske professorene kan svikte sitt paradigma. Et eksempel på dette er de norske professorers som var ansvarlig for lobotomiens kvakksalveri og som naturlig nok har forsømt å publisere deres teories og inngreps tragiske resultater.

Det riktig anvendte kliniske medisinske paradigma, slik det formidles innenfor de medisinske fakulteter, representerer en kombinasjon av teoretisk tradisjon og klinisk trening og bevissthet. Den har brakt helse og lindring til utallige sykesenger. Kombinasjonen av kliniske og teoretiserende roller har grunnlagt en problemorientert og problemløsende profesjon. Nye teoriavvik og sammenhenger blir stadig avdekket og nye hypoteser og teoremer blir formulert og testet ut klinisk. Legenes kunnskap og deres praksis har utviklet en kompleks helhet, som er blitt rutinisert i epikriser med elementer som anamnese, diagnose, terapi, profylakse, immunisering, genetiske forhold, epidemiologi, og samfunnsmedisinske analyser. Rettsvitenskapen og den juridiske profesjon trenger tilsvarende rutiner om den skal bli i stand til å utføre en liknende innsats for å bringe mer enn en formell rettferdighet til de masser som fremdeles er rettsløse i privilegerte minoriteters skygge.

3 DET KLINISKE PARADIGMA ANVENDT I RETTSVITENSKAPEN

Kjennskap til og dogmatisk tolkning av de etablerte normative strukturer i lov og sedvane, er bare en begrenset del av den juridiske kunst. Det vesentlige er den skapende evnen til å fortolke, – til å erkjenne tekstenes begrensninger og finne frem til uttrykk for det som er normativt gyldig i den etablerte realiteter og åpner for mer optimale løsninger for alle involverte partnere.

Jusen kan her henvise til kybernetikkens spill-teorier. De deltakende mennesker og grupper må befris fra de rådende destruktive roller. Istedenfor å forbli antagonistiske "motparter" må de bli "partnere" i nye *win-win* spill med problemløsninger som er opti-

mal både for partene, – de skal alle ha fordeler av den nyskapte situasjon, – og for samfunnet omkring dem.

Utgangspunktet er livets skrevne og uskrevne normer og hensyn. Ved det som spillteorien kaller ”*iterasjoner*” vil en konsensus, en sedvane kunne bli utkrystallisert og akseptert som positivt normert. Det er hvor ekstraordinære og kanskje enestående situasjoner oppstår at juristen blir stillet på prøve. Juristen blir her rettsskapende på en særlig måte. Han må finne nye problemløsninger som må gå utenfor deres bokstaver, men like fullt i samsvar med de etablerte normers ånd. De tilfredsstiller de bakenforliggende normative reelle hensyn som juristens kunst har avdekket. Der hvor tidligere lovgivere og tidligere dommer ikke har klart å positivere disse hensyn, er det bare den kliniske rettsvitenskapen være i stand til å avdekke, formulere og utvikle de tjenlige normer og hensyn.

Det er denne rettsskapende, tolkende formidling mellom etablerte normer og nye saklige, kliniske hensyn som jeg forsøkte å uttrykke da jeg i 1972 satte navnet ”Jussformidlingen” på det som senere ble det bergenske juridiske fakultets *Law Clinic* som jeg da var i ferd med å organisere. Et juridisk fakultets sentrale oppgave er å utdanne studenter som er i stand til å formidle mellom teori og praksis på en slik måte at nye løsninger blir funnet. De må som medisinerstudentene utdannes til å stille diagnoser, her av destruktive konfliktsituasjoner, og til å forskrive nye terapier.

Oppfyller ikke våre juridiske fakulteter denne oppgave, da utleverer vi både studentene og deres fremtidige klienter – og med dem samfunnet – til uproduktive før-kopernikanske kontradiktoriske *win-lose* spill. På vegen til en globalisert verden, hvor flere og flere rettigheter unndrar seg rettsstatenes kontroll, vil disse juridiske spill kunne bli forvandlet til destruktive *lose-lose-games*.

4 RETTSVITENSKAPENS UTVIKLING FRA MAKTENS TEKNOLOGI TIL DE GODE LØSNINGERS KUNST

Vitenskapens utvikling er ikke alltid lineær. Jusens kliniske paradigma ble allerede utviklet på Forum Romanum, uttrykt i den klassiske romerrettslige definisjon av jusen som *ars aequi et boni*, den kunst å skape rimelige og gode løsninger av konflikter mellom mennesker. Takket være de rimelighetsvurderende, equitas-orienterte pretorers dialoger med de rettssøkende borgere om deres problemer, utviklet rettsvitenskapen seg i basilikaenes åpne søyleganger til en forbilledlig klinisk kunst.

Dette kliniske paradigma var rådende inntil det tredje århundres keisere usurperte pretorenes makt, henrettet Ulpianus som den siste av de klassiske *jurisprudentes* og innførte det positivistiske paradigma. Ved *domitiatet* ble det gamle paradigma innført, hvor jusen igjen ble redusert til deduksjoner fra utsagn om det som passet, placuit, den øverste makthaver. Romerretten ble tatt til fange i de pompøse keiser-palasser fjernt fra det levende liv. Visdommens og klokskapens søyler ble redusert til dekorasjoner på palassenes fasader.

I middelalderens universiteter fortsatte det romerske eneveldets jus slik denne hadde funnet uttrykk i Justinians tekster. Disse tekster var imidlertid samtidig bærere av de klassiske *jurisprudentes regulae juris*, som gjorde det mulig for glossatorene og deres etterfølgere å ta nødtørftige reelle hensyn til middelalderens nye samfunnsformer med deres fyrster og stender. Det var imidlertid Domitiatets positivistiske paradigma som ble

tilnærmet enerådende i Bologna og i de andre begynnende juridiske fakulteter, – også til fortrenghet for de kliniske elementer i de tidligere etniske rettssystemer.

Med denne bakgrunn ble også opplysningstidens juridiske fakulteters oppgave begrenset til fortolkning av maktens proklamasjoner og til utdanning av effektive fogder som voktere av kongemaktens og de etablerte stenders privilegier. En jurist som setter spørsmål ved gyldigheten av de Løvenskjoldske usurpasjoner i Oslos bymark, kan fremdeles oppleve sterke reaksjoner fra den positivistiske universitetsjusens voktere. Fremdeles er jusens utgangspunkt de besittendes rettigheter: *Melius est positio habentis*: den juridiske situasjon er alltid bedre for den besittende. Denne jus er også *melius*: det vil her si mest fordelaktig for de jurister som begrenser seg til vel avlønnede tjenesteytelser for de beste betalere.

Den sørgelige virkelighet er fremdeles at alt for mange jurister lar seg bruke av privilegerte grupper som dogmatiske advokater for tilfeldige politiske flertallsvedtaks etablerte teorier og rettigheter. Deres praksis blir altfor ofte redusert til tomme seremonier analoge med de primitive medisinnmens besvergelses. I fakultetenes og tinghusenes tekstfikserte verden savner disse juristers magiske formularer og ritualer sitt nødvendige grunnlag i erfaringer av de rettssøkendes virkelighet. De fleste jurister nøyer seg fremdeles med *de lege lata* tilpasninger av livet til makthavernes og deres politikeres ”positivt” gitte normformuleringer.

Årsakene til dette ligger selvsagt ikke bare i de autoritetstro jurister. De er selv resultater av en historisk utvikling som har skapt et system som er blitt kunstig isolert fra de vitale, eksistensielle menneskelige problemer. De har måttet savne medisinnernes rutinserte lære-prosesser hvor de kliniske, teoretiske, politiske og etiske spørsmål blir behandlet i sin naturlige reelle sammenheng. Uten de tilsvarende erfaringer av de juridiske problemers sosiale sammenheng er det uunngåelig at juristenes teorier og deduksjoner forblir livsfjerne.

I fortidens stabile verden kunne deres normalvitenskaps *de lege lata*-deduksjoner beholde en viss realisme også gjennom generasjoner. I en postmoderne verdens stadig hurtigere skiftende sosiale situasjoner blir imidlertid *de lege ferenda*-perspektiver stadig mer nødvendige og vanlige. Uten et bedre grunnlag enn det dogmatiske vil imidlertid slike *de lege ferenda*-løsningene mangle et vitenskapelig grunnlag. Også her blir derfor resultatet altfor ofte gitt på maktenes premisser. I de nye situasjoner hvor løsningene ikke lenger kan bli gitt på et dogmatisk grunnlag, blir jusen redusert til en uholdbar fri-rettsslig vilkårlighet, som mangler forhold ikke bare til de kliniske saksforholds reelle hensyn, men derved også til de grunnleggende menneske-rettigheter, – til de juridiske prinsipper og standarder som fikk sine første uttrykk i pandektenes *Regulae Juris*, vil juristenes problemløsninger vil bare kunne finne rettsvitenskapelig gyldige uttrykk når de kliniske, erfaringsmessige sammenhenger blir en organisk del av juristenes grunnutdanning.

5 RETTSDOGMATIKKEN ER FORTSATT NYTTIG

Rettsdogmatikken blir selvsagt ikke overflødig i en klinisk rettsvitenskap. Den blir stillet inn i en mer omfattende sammenheng. Det som skjer er at den syvende rettskilde i Eckhoffs rettskildelære, de reelle hensyn, blir erkjent som likestillet med lov og grunnlov – og derved blir *lex superior* i forhold til de underordnede kilder, som lovgiveres motiver og departementale forskrifter. Mens de reelle hensyn i rettsdogmatikken altfor

ofte forsvant i de fundamentalistiske deduksjoner fra sekundære juridiske tekster, blir de i den kliniske rettsvitenskap primære.

Det som tross våre misforståtte dogmatiske bindinger til fortidens privilegier har gitt oss en begynnende rettsstat, er at dyktige jurister har trosset dogmatikken og latt den kliniske virkeligheten, sakenes natur, gå foran bokstavenes og dogmenes abstraksjoner. Et gammelt ordspråk sier at "Natura furca pella est, men den kommer dog igjen den heks": Vi kan fortrenge naturen en tid, men den kommer allikevel stadig tilbake. Selv om tekst-fundamentalismens paradigma forsøker å ignorere sakens natur og de reelle hensyn til side, kan den naturlige rett allikevel få det siste ord. Der hvor juris-*prudentia*, klokskap, forvaltes av fornuftige, virkelighetsorienterte mennesker, kan resultatet bli gode dommer og responsa på tross av begrensningene i deres foreldede dogmatiske paradigma.

6 RETTSVITENSKAPENS SITUASJON ER VANSKELIGERE ENN LEGE-KUNSTENS – KANSKJE FORDI SYKDOM OGSÅ RAMMER DE MEKTIGE, MENS RETTSLØSHET BARE RAMMER DE SVAKE

Medisinen unngikk en del av jusens begrensninger fordi både de fattige og de rike blir rammet av sykdommer. De mektige har få varige helsemessige fortrinn. De mektige blir derimot sjelden personlig involvert i rettsløshetens problemer. De juridiske problemer er fundamentalt forskjellige for rettighetshavere og for rettsløse. De som søker retts hjelp til å forsvare sine privilegier har i utgangspunktet råd til å sikre seg de beste advokater for de løsninger som favoriserer dem selv. De er lovgivernes og dommernes venner og altfor ofte også deres losjebrodre med edfestet plikt til å hjelpe dem.

De rettighetsbesittendes primære ønske er en beskyttende stat hvor de unngår konflikter med de ikke-besittende. Deres sekundære ønske er et rettssystem som sikrer dem seier når konflikter allikevel oppstår. For dem er det ideelle at de rettsløse forblir rettsløse, og – om de ikke aksepterer dette - at de defineres som straffverdige.

Heldigvis har humane og demokratiske politikere (sjeldnere jurister som sådanne) stadig på ny gjennom historien tatt opp kampen mot rettspositivismens foreldede paradigmas verste konsekvenser. Vi har fått lover som begrenser de etablerte rettigheter og gir de rettsløse forsvars-våpen. Denne utvikling tok fart etter den franske revolusjon. Ved humane politikeres hjelp er et stort antall humane, reelle hensyn filtrert inn i den akademiske jussen. Det er i første rekke skjedd gjennom humane konstitusjoner, positiv reformlovgivning og ved mellomfolkelige konvensjoner. Rent unntaksvis har det skjedd ved rettsskapende dommere. Altfor ofte har det skjedd på tross av den etablerte rettsvitenskap. Heldigvis har tilstrekkelig mange gode jurister fungert på tross av sine paradigmers og universiteters begrensninger, slik at vesentlige dimensjoner i de moderne rettsstater har kunnet bli virkeliggjort.

Det er tvilsomt om dette er tilstrekkelig til å sikre rettsstatenes fremtid. Nye, globaliserte trusler mot menneskers rettigheter er i ferd med å ødelegge fortidens historiske fremskritt. I den økonomiske frihets navn sørger mektige internasjonale konsern-grupperinger, frontet av WTO og Verdensbanken, for at stadig sterkere globale makter blir mer og mer ekstra-legale, ukontrollert av de stadig mer maktesløse rettsstaters menneskelige hensyn. Vi kan ikke lenger stole på at de nye generasjoner av politikere har en effektiv vilje til å trygge de ressursvakes rettigheter. Kan vi tross dette håpe at en ny og mer klinisk problemorientert rettsvitenskap skal kunne stanse de pågående angrep på rettsstatenes og de folkerettens verdier? Det raser idag ødeleggende juridiske epidemier mot

menneskerettigheter som er like farlige som de verdens-omspennende epidemier av HIV og malaria som legevitenskapen har muligheter for å stanse?

7 DET KLINISKE PARADIGMA HAR INSTITUSJONELLE KONSEKVENSER FOR DEN JURIDISKE PROFESJON

En kort artikkel kan bare antyde alle de konsekvenser som et skifte til et klinisk paradigma vil kunne ha.

En av disse vil antagelig være at den kliniske praksis i en virkelighetens verden som er mer kompleks enn lovtekstenes enkle verden, vil betinge en oppdeling av den nå relativt enhetlige juridiske profesjon. Vi vil få juridiske spesialiseringer innenfor hver av de saklig meget forskjellige kliniske problemtyper.

Vi har sett en slik utvikling innenfor den kliniske medisin med en stadig sterkere profesjonell arbeidsdeling mellom terapeutiske underprofesjoner. Jordmorsyrket ble tidlig relativt selvstendig. Sykepleien er blitt en selvstendig terapeutisk profesjon, nå delvis overordnet leger. Indremedisinen er ikke lenger kirurg. Psykiatrien blir stadig mer delt opp i nye psykoterapeutiske profesjoner, osv.

Slik vil vi i Norge se nye former for praktisert jus. Forskjellige typer *paralegals* vil bli etablert.. Den tidligere enhetlige juristutdannelse og advokatrolle vil måtte deles opp etter virkelighetens vidt forskjellige saklig-juridiske problemområder. Ingen jurist vil lenger kunne pretendere å ha adekvat kunnskap om de reelle hensyn innenfor alle livets områder. Slike pretensjoner er bare mulige så lenge jusen bygger på tekstbøkenes og de formelle lovers fugleperspektiv - uten reelle hensyn til menneskelivets mangfoldighet.

Vi vil antagelig snart få en selvstendiggjøring av de notariale funksjoner, som i andre land gir grunnlag for betydelige profesjoner. Det sterke engelske skille mellom skrankeadvokater og rådgivende advokater vil også måtte utvikle seg hos oss. De rådgivende advokater vil deles opp i selvstendige profesjoner for eksempel på de mange vidt forskjellige forretningsområder, på familielivets og andre samfunnsmessige områder. Uten spesialiserte juristprofesjoner for beskatning og pensjon og omsorg og andre områder for fordelingsrettferdighet, og uten spesialisert kontrollprofesjoner innenfor de forskjellige politi- og tilsynsområder, vil de lokale, nasjonale og internasjonale samfunn forbli underutviklede.

8 DET KLINISKE PARADIGMA VIL GJØRE JUSEN EMANCIPATORISK

Jurister som løser juridiske problemer på et klarere saklig grunnlag, vil kunne gjøre jusen til en konstruktiv ressurs også i ikke-juristers livsverden. Når en sterkere bevissthet om hva som er rettferdig og rimelig, *bonum et aequum*, blir en del av almindannelsen, tilegnet gjennom normale skoler og andre media, vil enhver voksen borgere kunne løse sine egne normale juridiske problemer. Universitetsjuristenes monopol vil bli brutt. De nå svake grupper vil bli befridd og utstyrt med makt, *empowered*.

Enkle, elementære fremgangsmåter, *algoritmer*, vil kunne bli utviklet på alle sosiale områder og vil bli gjort tilgjengelige i enkle håndbøker, forskjellige fra de juridiske monografier av idag – utilgjengelige for ikke-jurister. Online jussformidling på internett vil bli det viktigste juridiske medium som vil kunne gjøre klar juridisk informasjon tilgjengelig for alle. Bare helt ekstra-ordinære forhold med saklig nye juridiske problemer vil nødvendiggjøre ytterligere profesjonell klinisk juridisk forskning og bistand.

I dag er den dogmatiske jusen på livets mange problemområder og problemnivåer så fjern fra borgernes erfaringer og forestillinger, at det ofte bare er de jurister som har utformet proposisjonene og har skrevet lovgivningens håndbøker som har gyldig oversikt over hvert av de brede tradisjonelt oppdelte juridiske områder. I praksis gjør dette advokatene uunnværlige. De oppnår en lukrativ monopolmakt over alle borgernes livs-faser og virksomheter.

Det rådende rettsdogmatiske paradigmas eneste svar på de stadig raskere teknologidrevne endringer av samfunnet, er en stadig raskere produksjon av nye dogmatiske tekster til avløsning av alle de lover og forskrifter som allerede er blitt ubrukelige etter tyve års vaklende praksis. Det verste er kanskje den skade denne ville utvikling gjør på juristenes uunnværlige *judicium*, den bruk av skjønn som også vår tillempling av det rettsdogmatiske paradigma hittil har gitt plass til. Stadig oftere er vi vitne til at dommere unnskylder gale dommer med den uhyrlige påstand at de ikke har anledning til å fortolke en lovtekst som er utformet i forhold til her irrelevante hensyn. Stadig oftere blir det godtatt at forvaltningsjurister rettferdiggjør umenneskelige vedtak med den juridiske vranglære at de er bundet av firkantede og virkelighetsfjerne lovtekster og at de derfor ikke har anledning til å anvende skjønn. Vi er her tilbake til Carl Schmitt og fascismens karikatur av en rettsvitenskap.

Vi jusprofessorer er stadig oftere vitne til at vi i stedet for å utdanne problemløsende jurister, produserer pompøse monstre, tjenerskap for de til enhver tid lovgivende makt-havere. Det er da på tide at vi søker tilbake til rettsvitenskapens grunnleggende prinsip-per. For å kunne gjøre dette trenger vi et bedre paradigma enn det rettsdogmatiske.